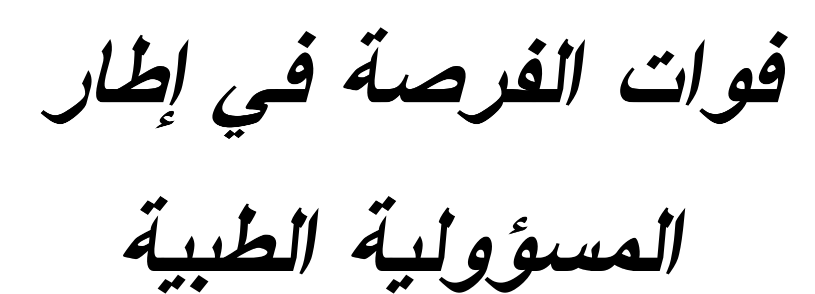




مدرسة الدكتوراه

مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع " قانون المسؤولية المهنية "

إعــداد الطــالبة:

صاحب ليدية

تحت إشراف الأستـــاذ:

د. بوبشير محند أمقران

لجنة المناقشة:

الدكتورة: كجار(سي يوسف) حورية زاهية، أستاذة محاضرة (أ)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.رئيساً.

الدكتور: بوبشير محند أمقران، أستاذ محاضر (أ)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو......... مشرفاً ومقرراً.

الدكتورة: صبايحي ربيعة، أستاذة محاضرة (ب)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.................... ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 23 جانفي 2011

بسم الله الرحمن الرحيم

[وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْماً]

(طـه:114)

إهــداء



أهدي ثمرة جهدي إلى :

روح والدي رحمه الله، وأسكنه سفيح جناته.

والدتي أطال الله في عمرها.

إخواني وأخواتي.

أصدقائي وزملائي.

وإلى كل أساتذتي بجامعة، مولود معمري.

إلى كل أساتذتي، الذين علموني.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة.


ليدية



إلى أستاذي المشرف

أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان إلى الأستاذ الفاضل

بوبشير محند أمقران على ما أولاه لهذا العمل من عناية فائقة

ومتابعته لهما بالغ الأثر في إنجاز هذه المذكرة.

ليدية

قائمة أهم المختصرات

أوّلا: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج : جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د.د.ن : دون دار النشر.

د.س.ن : دون سنة النشر.

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

د.م.ن : دون مكان النشر.

ص : صفحة.

ص ص : من صفحة...إلى صفحة... .

ثانيا: باللغة الفرنسية

A.J.D.A : **A**ctualité **J**uridique de **D**roit **A**dministratif.

C.A : **C**our d'**A**ppel.

C.A.A : **C**our **A**dministrative d'**A**ppel.

Cass : Cour de Cassation.

C.E : **C**onseil d'**E**tat.

D. : Recueil **D**alloz.

Ibid. : Ibidem. Une locution latine qui signifie «Au même endroit. ».

Infra : Ci-dessous.

L.G.D.J : **L**ibrairie **G**énérale de **D**roit et de la **J**urisprudence.

L.P.A : **L**es **P**etites **A**ffiches.

N° : **N**uméro.

Op. Cit : Opus Citatum. Une locution latine qui signifie « **O**uvrage **p**récédemment **c**ité. ».

P : **P**age.

P.U.F : **P**resses **U**niversitaires de **F**rance.

PP	: de **P**age… à **P**age… .
R.D.P	: **R**evue du **D**roit **P**ublic.
R.F.D.A	: **R**evue **F**rançaise de **D**roit **A**dministratif.
R.I.D.C	: **R**evue **I**nternationale de **D**roit **C**omparé.
R.R.J	: **R**evue de la **R**echerche **J**uridique.
R.T.D.Civ	: **R**evue **T**rimestrielle de **D**roit **C**ivil.
R.D.S.S	: **R**evue de **D**roit **S**anitaire et **S**ocial.
Supra	: Ci-dessus.

مقدمة:

" *إن القانون علم يشوبه الشك* "[1]، ويرجع ذلك إلى طبيعة العلوم القانونية، فنادرا ما تتصف النصوص القانونية بالشمولية والوضوح المطلق. إن الغالب أن يخصص النص القانوني مجالا للمجهول، تطبيقا للمبدأ العام الذي مفاده " جعل النص القانوني مفتوحا "[2].

وينضم إلى هذا النوع من التردد، نوعا آخر منه يطلق عليه " عدم التأكيد الخارجي"[3]، والذي ينتج عن تعقد واتساع دائرة الواقع، مما يمنع المشرع باعتباره الجهة المكلفة بسن القانون، من التنبؤ بكل الحالات وبكل الظواهر التي ستقع في المستقبل، المتوقعة منها وغير المتوقعة، والتي توصف بفكرة " الصدفة ". لهذه الأخيرة عدّة معان نذكر منها: عدم التوقع، وعدم التيقن، والحظ، والفرصة، وتشترك كلها في عنصر " الغرر "[4].

ترتبط الصدفة بالقانون بعلاقة ضيّقة جدا، لأنها تمثل كل واقعة خارجة عن مجال تحكم القانون، فهي تلك الواقعة التي ترجع أسباب حدوثها إلى عوامل معقدة يصعب توقعها مسبقا. لذا يجتهد علماء الرياضيات، عن طريق الاحتمالات، في رسم قوانين الصدفة، حتى يتمكن الإنسان من التنبؤ ببعض الوقائع المحتملة[5]. وعند الحديث عن فوات احتمال تحقق واقعة معينة وفق السير العادي للأمور، فإنه لا يستعمل مصطلح فوات الغرر، باعتباره مصطلحا قانونيا، بل يستعمل عبارة فوات الفرصة التي، وإن كانت لا تعتبر مصطلحا قانونيا، فإنها تعكس بالضرورة فكرة الغرر.

---

[1] - Le conseiller BREILLAT décrit le Droit comme « *Une incertitude domestiquée* ». Cité in : Louis BORE, *Causalité matérielle et causalité juridique*, colloques et activités de formation : Incertitude et causalité, 2005, p 1. Voir sur : www.courdecassation.fr.

[2] - « *Texture ouverte des règles de droit* ». Cité in: Paul AMSELEK, *Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit*, in « Le doute et le droit », sous la direction de François Terré, Dalloz, Paris, 1994, p 60.

[3] - « *Incertitude exogène* ».

[4] - Caroline RUELLAN, *La perte de chance en droit privé*, R.R.J, n°3, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p 729.

[5] - Hanifa BENCHABANE, *L'aléa dans le droit des contrats*, O.P.U, Alger, 1992, p 14.

تعتبر نظرية فوات الفرصة إحدى صور إدراج الصدفة في المجال القانوني عن طريق الاحتمالات. وقد لقيت استقبالا ملحوظا من القضاء العادي الفرنسي، والذي استعان بها لأوّل مرة سنة 1889[1] لتقرير المسؤولية العقدية للوكيل القضائي بسبب حرمان موكله من ممارسة حق الطعن. كما لا يوجد ما يمنع القاضي الإداري من الأخذ بهذه النظرية كأساس لتقرير مسؤولية الإدارة، فقد لجأ إليها لأوّل مرة في مجال الوظيفة العمومية سنة 1928[2]. هكذا استعملت نظرية فوات الفرصة في كل المجالات، ومن بينها مجال الطب، كما سمحت للقضاء بتوسيع دائرة الأضرار التي يمكن للمضرور طلب التعويض عنها.

نقل القضاء الإداري الفرنسي نظرية فوات الفرصة من مجال المسؤولية المدنية عامة إلى مجال المسؤولية الطبية، وذلك بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 24 أفريل 1964[3]، والذي اعتبر أن إهمال الطاقم الطبي المتمثل في عدم تقديم العلاج المناسب للمريض، قد فوّت عليه فرصة تجنب بتر العضو. ولكن من المشروع التساؤل: لو قدم الفريق الطبي للمريض العلاج المناسب، هل سوف يتم تجنب ضرر البتر؟. وبعبارة أخرى، هل تتوافر علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين الخطأ الطبي الثابت والضرر النهائي؟

سار القضاء العادي الفرنسي على نفس النهج، وذلك بمناسبة خطأ الطبيب في تشخيص المرض، وإصابة الطفل بالإعاقة، فقد قررت محكمة استئناف باريس بموجب قرارها الصادر بتاريخ 7 جويلية 1964[4]، تحميل الطبيب مسؤولية تعويض فرصة الشفاء

---

[1] - Req, 17 juillet 1889. Cité in : Caroline RUELLAN, *La perte de chance en droit privé*, *op. cit*, p 738.

[2] - CE, Sect. 3 août 1928, Bacon. Cité in: Rodolphe ARZAC, *L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif*, R.R.J, n°2, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p 759.

[3]- CE, 24 av. 1964, Hôpital-Hospice de Voiron. Cité in: Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière: les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière*, R.F.D.A, n°5, 2008, p 1024.

[4]-وأيدتها في ذلك محكمة النقض بقرارها الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1965. نقلا عن:
George BOYER CHAMMARD, Paul MONZEN, *La responsabilité médicale*, P.U.F, Paris, 1974, p 93.

التي أضاعها على المريض، رغم أنه لا يمكن القول على وجه التأكيد أن التشخيص الصحيح للمرض من شأنه أن يجنب الطفل ضرر الإعاقة.

رغم ما توصل إليه علم الطب من درجة عالية من الإتقان والتقدم في مختلف التدخلات الطبية كعمليات نقل وزرع الأعضاء، وجراحة التجميل، والتجارب الطبية، إلاّ أنه يبقى مجالا يطغى عليه الشك. فكثيرا ما يوجد في شفاء المريض أو إصابته بالضرر بعد التدخل الطبي، سواء كان التدخل صحيحا أو خاطئا، جزء من الغموض أو لغز يصعب تفسيره علميا، مما يجعل الطبيب يحس بالضعف أمام ما يخفيه جسم الإنسان من أسرار، لم يتم اكتشافها بعد.

يكمن الشك والتردد في نفسية القاضي كذلك، عندما يفصل في مسؤولية الطبيب أو المرفق الصحي عن الضرر اللاحق بالمريض. فلا يكفي ثبوت الخطأ والضرر وعلاقة سببية بينهما لقبول طلب التعويض عن الضرر، بل يتعين أن تكون علاقة السببية أكيدة ومباشرة.

فعندما يتدخل القاضي لمحاولة إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل وقوع الفعل الضار أو لتصحيح ما سببه الخطأ من أضرار، يضطر، وذلك بمساعدة الخبير، إلى التنبؤ بما سيحدث في المستقبل. وبتعبير آخر، يتعين على القاضي أن يبحث عن النتيجة النهائية التي قد يؤول إليها السير العادي للوقائع لولا الخطأ الطبي الثابت، مع الأخذ بعين الاعتبار تأثير كل من التطور المتوقع للمرض، ومخاطر العلاج، والسوابق المرضية للشخص في إحداث الضرر.

يؤدي تطبيق القاضي لقواعد المسؤولية في المجال الطبي بشكل محكم، في غالب الأحيان، إلى دفع المسؤولية ورفض تعويض الضحية لغياب علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين الخطأ الثابت والضرر. ولكن، تعتبر هذه النتيجة غير عادلة، لأنها تحمّل الضحية نتائج الشك وعدم التأكيد العلمي الذي يكمن في فعّالية التدخل الطبي من عدمه، والذي يكون الخطأ، سواء كان فنيا أو متعلقا بأخلاقيات المهنة، ضمن العوامل المتدخلة في

إحداث الضرر. كما أنها تسمح للطبيب، الذي ثبت خطأه بشكل قاطع، بالتستر وراء هذا الشك للتنصل من المسؤولية.

ومن أجل مواجهة خطر الظلم وعدم الإنصاف الذي يثيره المرضى بالنظر إلى جسامة الأضرار اللاحقة بهم بعد التدخل الطبي مقارنة بحالتهم المرضية الأصلية، استعان القضاء الفرنسي بعدة وسائل نذكر منها الخطأ المفترض، ونظرية المخاطر، وكذا نظرية فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، والتي تلعب دورين، أوّلهما هو التصدي لظاهرة عدم التأكيد العلمي بتيسيرها لمهمة إثبات علاقة السببية، فتوصف ب " الستار Palliatif "[1] الذي يغطي الشك القائم حول هذه الأخيرة **(الفصل الأوّل)**، وثانيهما هو ضمان حماية للمضرور، وذلك بمنحه تعويضا جزئيا عن الفرصة الضائعة، بصفتها ضررا خاصا **(الفصل الثاني)**.

1 - Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *conditions de la responsabilité*, L.G.D.J, Delta, Paris, 2ème édition, 1998, p 197.

الفصل الأوّل

فوات الفرصة ستار يغطي الشك القائم حول رابطة السببية

يعد إثبات رابطة السببية في المجال الطبي من الأمور العسيرة، ويرجع ذلك إلى تعقّد جسم الإنسان وتغيّر حالاته، فضلا عن عدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة التي قد تنجر من التطوّر المتوقع للمرض أو الخطأ الطبي. فإذا تفاقمت حالة المريض الصحية مقارنة بحالته الأصلية قبل التدخل الطبي، وأمام عجز الخبرة على إثبات السببية العلمية الأكيدة بين الخطأ الطبي والضرر النهائي اللاحق بالمريض، يتمسك القاضي رغم ذلك بالسببية القانونية[1] متى ثبتت له وجود قرائن قوية بما فيها الكفاية تدل على أن ذلك الخطأ قد يكون السبب في إحداث الضرر النهائي، فيفترض توافر رابطة السببية **(المبحث الأوّل)**.

فضلا عن ذلك، فهو يستعين بنظرية فوات الفرصة عند تلاشي رابطة السببية بين الخطأ والضرر النهائي، إذ يدرجها لتعويض الغرر العلاجي، ويتمسك بها لتدارك السببية خاصة عندما يبلغ الخطأ درجة عالية من الجسامة **(المبحث الثاني)**.

---

[1]- يهتم الخبير الطبي باستخلاص السببية العلمية والتي تتجلى في " إسناد الضرر للخطأ الطبي "، وذلك بعد إثبات الخطأ واستبعاد تدخل العوامل الأخرى مثل الاستعداد المرضي للشخص في إحداث الضرر، ويتوصل إلى إحدى النتائج التالية: - إما وجود سببية مباشرة وأكيدة، - إما غياب سببية علمية، - إما وجود سببية علمية لكن غير أكيدة. في هذه الحالة الأخيرة يبحث الخبير عن فرص الشفاء التي يتمتع بها المريض قبل التدخل الطبي. يعتبر التقرير الطبي وسيلة فعّالة أمام القضاء، لذا لا بد أن تكون ثمرة تفكير منطقي وعلمي واضح ومفهوم من قبل القاضي، ومستخلصة بكل استقلالية وإنصاف، وعبر عن ذلك الأستاذ A. Come Sponville بالقول: "*لا وجود لعدالة دون حقيقية، ولا حقيقة دون دليل، ولا دليل دون حرية...*".

« *Il n'y a pas de justice sans vérité, pas de vérité sans preuve, pas de preuve sans liberté…* ».

أما القاضي فهو يستخلص السببية القانونية بناء على السببية العلمية مع الأخذ بعين الاعتبار كل وسائل وأدلة الإثبات الأخرى مثل: الإحصائيات والقرائن والاحتمال المرجّح، ويطبق بالتالي إحدى نظريات السببية. فإذا عجزت تلك الأدلة على إثبات السببية بين الخطأ والوفاة مثلا، فإنها يمكن أن تبرر وجود السببية بين نفس الخطأ وضرر وسط كتقليص مدة الحياة. أنظر:

P. Vayre, D. Planquelle, H. Fabre, *Le lien de causalité en matière de responsabilité médicale*, Médecine & Droit, 2005, p 78 et 79.

المبحث الأوّل

فوات الفرصة "وسيلة لافتراض توافر رابطة السببية"

في مواجهة الشك وعدم اليقين الذي يطغى على رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي، قرر القضاء الفرنسي أن يجد ملجأ لتيسير مهمة إثباتها عن طريق استعمال نظرية فوات الفرصة، والتي تمت ملاءمتها مع موضوع المسؤولية الطبية، لتصبح فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة أو فوات فرصة تجنب الخطر.

تسمح نظرية فوات الفرصة بافتراض توافر رابطة السببية، سواء تعلق الأمر بارتكاب الطبيب لخطأ فنيّ **(المطلب الأول)** أو بإخلاله بإلتزام الإعلام تجاه المريض **(المطلب الثاني)**، والذي يعتبر من أبرز الأخطاء المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب.

المطلب الأول

افتراض السببية في مجال الأخطاء الطبية الفنية

أدى تطبيق نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي إلى تغيير محل السببية، فبعدما كانت تربط بين الخطأ الطبي والضرر النهائي في إطار المسؤولية الطبية التقليدية، أصبحت تربط بين الخطأ الطبي وضرر وسيط، وهو فوات الفرصة. فمتى ثبتت علاقة سببية مباشرة وأكيدة بينهما، يفترض ثبوت السببية التقليدية. لذلك يترتب عن كل خطإ طبي فني فوات الفرصة على المريض **(الفرع الأوّل)**. والمسألة لا تدور حول فوات الفرصة في حدّ ذاتها، بل في كيفية تبرير علاقة السببية بينها وبين الخطأ الطبي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الخطأ الطبي الفني: فوات الفرصة على المريض

وضع القضاء الفرنسي[1] مبدأ مفاده " كل خطإ طبي فني، إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر النهائي، فهو على الأقل سببا في تفويت فرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة "، فما هو مضمون هذا المبدأ؟ **(أوّلا)**، كيف استقبله الفقه، خاصة الفرنسي منه؟ **(ثانيا)**.

أوّلا: مضمون الاتجاه القضائي الخاص بفكرة فوات الفرصة

يطبق القضاء المدني الفرنسي نظرية فوات الفرصة على جميع الأخطاء الطبية الفنية، الإيجابية منها (1) والسلبية (2).

1- الأخطاء الإيجابية:

قد يفوت الطبيب فرصة الشفاء على المريض أثناء مرحلة التشخيص (أ) أو في مرحلة الرعاية الطبية في مجال التوليد (ب).

قبل التطرق إلى تفصيل أهم الأخطاء الطبية الفنية التي اتخذ فيها القضاء نظرية فوات الفرصة كأساس لتقرير مسؤولية الطبيب، لابد من الإشارة أنه لا مجال لتطبيق هذه النظرية عندما يتعلق الأمر بالخطأ الطبي المرتكب في إطار التجارب الطبية، بما فيها التجارب العلمية المجردة من الأغراض العلاجية[2] كون أن الشخص الخاضع لها لم تكن له فرصة أصلا تضيّع عنه.

---

[1]- Cass. 1ère Civ, 14 déc. 1965. Cité in : George BOYER CHAMMARD, Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale*, *op. cit*, p 93 et 94.

[2]- يطلق على التجارب العلمية المجردة من الأغراض العلاجية تسمية: "التجارب الطبية من أجل فائدة البحث العلمي"، والتي يقوم بها الطبيب دون أن تكون هنالك ضرورة تمليها عليه حالة المريض ذاته، إنما يقوم بها لإشباع هوايته العلمية أو لخدمة الإنسانية. فمهما يكن الغرض منها فهي غير جائزة مادام أن سلامة جسم الإنسان من النظام العام، إذ لا يجوز المساس به إلا لضرورة فائدته، وبقدر يتناسب مع تلك الفائدة. أنظر: د. عبد السلام التونجي، ***المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي***، دار المعارف، لبنان، 1966، ص ص 384_ 386. أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي من هذه المسألة، يتعين التفرقة بين مرحلتين:

- قبل صدور قانون 1988/12/20، فكانت هذه التجارب الطبية تمثل مساسا عمديا للسلامة الجسدية للإنسان مما يثير المساءلة الجنائية للطبيب طبقا لنص المواد 318-320 من قانون العقوبات الفرنسي.(=)

والأمر نفسه بالنسبة للتجارب الطبية العلاجية[1]، والتي يبدو فيها فوات الفرصة أمرا ممكنا، ما دام أن الدافع الوحيد للمريض لقبولها هو أمله في الشفاء، إلاّ أنه ونظرا لعدم إمكانية السيطرة على آثار تلك التجارب بشكل مطلق، فإنه يصعب على القاضي تقدير السببية الاحتمالية التي ساهم من خلالها خطأ الطبيب في إحداث الحالة الصحية التي آل إليها المريض[2].

وبتعبير آخر، يصعب على القاضي استخلاص السببية بين الخطأ الطبي والضرر الأولي المتمثل في تفويت فرصة الشفاء، ما دام أن هذه الأخيرة في إطار التجربة الطبية عبارة عن أمل لا أكثر من ذلك.

(=) - أما بعد صدور هذا القانون المتعلق "بحماية الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية"، والذي سمي بقانون AURIET نسبة إلى مقترحه(عضو من البرلمان) والذي أدمج في قانون الصحة العمومي الفرنسي، فإنه باستقراء نص المادة 209 منه نجده قد أضفى صفة المشروعية على التجارب الطبية العلمية، وذلك وفقا للشروط القانونية بما فيها الكفاءة العلمية للطبيب المجرب، وأن يكون هدف التجربة علميا، يخدم مصلحة الإنسانية مع وجوب الحصول على رضا الخاضع للتجربة بعد إعلامه بكل مخاطر التجربة. أنظر في تفصيل ذلك:

Bruno Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit, « Doctorat nouveau régime, Droit Privé », Faculté de Droit, des Sciences Economiques et de Gestion, Université de NANCY II, Paris, 1993, pp 358 _ 370.

[1]- وهي تلك التجارب الطبية التي يلجأ إليها الطبيب لإنقاذ حياة المريض، وذلك بعد تجريبها طويلا على الحيوانات (فئران التجارب)، وأن يكون هدفها علاجي، وأن يتم الحصول على رضا المريض، مع اشتراط كون نسبة الفائدة المرجوة أعلى من المخاطر المحققة. أنظر: علي عصام غصن، ***الخطأ الطبي***، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص ص 68 _ 71.

تعرض المشرع الجزائري لموضوع التجارب الطبية في المواد 1/168 و 2/168 و3/168 من قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990، يعدل ويتمم قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 يتعلق ***بحماية الصحة وترقيتها***، ج.ر عدد 35 لسنة 1990. عند استقراء هذه النصوص القانونية يتضح جليا أن المشرع الجزائري أباح صراحة التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية، وذلك بشروط معينة نذكر منها:

_ وجوب استشارة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بخصوص كل التجارب التي يكون محلها الإنسان، _ يجب أن تحقق التجربة مصلحة علاجية للشخص الخاضع لها أم لتقدم البحث العلمي، _ احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة وكذا كرامته. لمزيد في تفصيل هذه الشروط، راجع: د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية***، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص ص 761 _ 764.

[2]- د. أشرف جابر، ***التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء***، مجموعة رسائل دكتوراه، كلية حلوان، مصر، د.س، ص 145.

أ- الخطأ في التشخيص وفوات الفرصة

لا يثير مجرد الغلط في التشخيص مسؤولية الطبيب إلاّ إذا كان منطويا من جهة أولى، على إهمال في الفحص الطبي وهو ما يطلق عليه " الإهمال في التشخيص "، والذي مفاده تسرع الطبيب في بت وتقرير حالة المريض دون الاستماع للمعلومات أو الاستعانة بالتحاليل الطبية التي تمكّنه من الوصول إلى تشخيص سليم لحالته الصحية. ومن جهة ثانية، عندما يشكل ذلك الغلط جهلا جسيما بأولويات الطب وهو ما يسمى " الغلط العلمي في التشخيص "[1].

كما أن الطبيب بمأمن من المسؤولية متى كان الغلط الذي وقع فيه أمرا ممكنا، بالنظر إلى تشابه الأعراض، وبما وصلت إليه الأصول العلمية، لكن دون المغالاة في ذلك ما دام أن الطبيب ملزم ببذل جهود صادقة ويقظة متفقة مع الأصول العلمية[2].

كانت الانطلاقة الأولى لنظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمناسبة خطأ الطبيب في تشخيص المرض، وذلك على مستوى محكمة استئناف "قرنوبل Grenoble" الفرنسية التي أصدرت قرارها بتاريخ 24 أكتوبر 1961، وقضت بالتعويض الجزئي للمريض، إذ قررت أن عدم تطبيق العلاج المستهدف من التدخل الطبي، نتيجة للخطأ في التشخيص، أدى إلى حرمان المريض، بصفة مؤكدة، من فرصة حقيقية للشفاء[3].

في سنة 1965، ولأوّل مرة، أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 7 جويلية 1964، والذي قضى بالتعويض

---

[1]- علي عصام غصن، ***الخطأ الطبي***، مرجع سابق، ص ص 61 _ 64.

[2]- د. عبد السلام التونجي، ***المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة...***، مرجع سابق، ص 354.

[3]- تتلخص وقائع القضية بإصابة شخص على مستوى رسخ اليد، فأمر الطبيب المعالج بعمل أشعة لم يتبيّن منها أي شيء غير طبيعي، فسرعان ما استرد الشخص نشاطه العادي. لكن، وبعد مرور سبع سنوات، شعر المصاب بآلام مبرحة ناشئة عن حدوث تورم ضخم على مستوى الإصابة القديمة، فقام بمقاضاة الطبيب. أمرت المحكمة بانتداب خبير، والذي جاء بتقريره المودع انه كان باستطاعة الطبيب المعالج ملاحظة وجود كسر برسخ يد المصاب لو أنه قام بمراجعة صور الأشعة السابق إجرائها بعين مدققة، وانتهى الخبير في تقريره إلى انعدام رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي مؤكدا أنّ ما آلت إليه حالة المريض يعد نتيجة احتمالية للخطأ في التشخيص ونقص العناية اللازمة، ومن الجائز أن حدوث الإصابة الجديدة بالرسخ ساعدت على عدم التئام الإصابة الأولى.

C.A de Grenoble, 24 oct. 1961. Cité in: M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, L.G.D.J, Paris, 1994, p 265.

للمريض على أساس فوات فرصة في الشفاء، بحيث، وإثر سقوط طفل بالغ من العمر 8 سنوات، أصيبت يده اليمنى وشخصها الطبيب على أنها كسر في عظم العضد لم يؤد إلى زحزحته وعالجه الطبيب وفق هذا التشخيص. وبعد فترة، شعر الطفل بصعوبات عند تحريك يده فعرضه والديه على أطباء آخرين، والذين شخصوا المرض على أنه ليس كسرا بل، مجرد خلع أصيب كوع الطفل.

أقيمت دعوى على الطبيب فقضت المحكمة أنه ليس هناك علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالطفل، لكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم، وقضت بالتعويض بحجة مفادها ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية، جسيمة، ومحددة، ومنسجمة للاعتراف بأن العجز الذي لحق بالطفل هو نتيجة مباشرة للخطأ الذي ارتكبه الطبيب، وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت الفرصة في الشفاء بمبلغ 65000 فرنك فرنسي[1].

ب- الخطأ في الرعاية الطبية في مجال التوليد وفوات الفرصة

يقع على عاتق الطبيب الأخصائي في الولادة مجموعة من الالتزامات، كالمتابعة الطبية المستمرة للحالة الصحية للمرأة الحامل والجنين أثناء مرحلة الحمل، كإجراء الفحوصات والاختبارات التي تعود بفائدة عملية، ولاسيما تجنب نزيف دموي أثناء الوضع بالنسبة للمرأة التي تعاني من اضطرابات دموية. ويلتزم أيضا أثناء مرحلة التوليد بأخذ كل الاحتياطات والإمكانيات اللازمة لهذه المرحلة، كمراقبة نبضات القلب للمرأة الحامل، والاستعانة بالمساعدين أو القابلة، وعدم التسرع في جذب المولود، ويستمر الالتزام بالمراقبة في المرحلة اللاحقة لعملية الوضع[2].

في قضية عرضت على محكمة النقض الفرنسية أين أصيبت امرأة بعد عملية وضع الجنين (طفلها الثامن)، بنزيف دموي حاد لم تتوصل الممرضة إلى إيقافه بشكل نهائي، ورغم ذلك أمرتها بالعودة إلى منزلها بعد ثلاثة أيام فقط من الوضع. وفجأة تدهورت الحالة الصحية للمريضة ثم توفيت.

---

[1]- Cass. 1ère Civ, 14 déc. 1965. Cité in: George BOYER CHAMMARD, Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale*, *op. cit*, p 93 et 94.

[2]- منير رياض حنا، ***مسؤولية الأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري***، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 466.

قررت محكمة النقض الفرنسية أنه رغم عدم ثبوت علاقة سببية بين الخطأ الطبي والوفاة إلاّ أنه تم تفويت فرصة الشفاء على الضحية، فقضت بمسؤولية الطبيب الأخصائي في الولادة الذي، وبسبب بخطئه في المراقبة والتوجيه، ترك الأنيميا يشتد لدى المريضة، ومن جهة أخرى، بمسؤولية القابلة التي أمرتها بملازمة منزلها قبل الآوان[1].

2- الأخطاء السلبية

عدم الاستعانة بطبيب التخدير أثناء التدخل الجراحي (أ) أو عدم إجراء الفحص التمهيدي قبله (ب) قد يكون سببا في تفويت فرصة الشفاء على المريض.

أ- عدم الاستعانة بطبيب التخدير وفوات الفرصة

يعتبر التخدير من أهم الإنجازات العلمية في المجال الطبي كونه يسهل العمليات الجراحية حتى لا يشعر المريض بالآلام التي تصاحبها، لذا كان الاستعانة بطبيب التخدير أثناءها على درجة كبيرة من الأهمية، إذ يتدخل قبل العملية لتخدير المريض ومساعدته بعدها على صحوته واستعادته لوظائفه الحيوية[2].

ففي إحدى القضايا أين خدر الطبيب مريضه تخديرا كاملا بالصدمة الكهربائية، نتج عن ذلك التوقف الفوري لقلب المريض ووفاته، و يتمثل خطأ الطبيب في عدم استعانته بطبيب التخدير كما تقضيه الأصول الفنية. فلا يمكن القول على وجه اليقين أن ذلك الخطأ هو سبب موت المريض، ولكنه يعتبر مع ذلك سببا في تضييع فرصة بقاءه على قيد

---

[1]- Cass. 1ère Civ 25 mars 1971. Cité in: Georges BOYER CHAMMARD, Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale*, *op. cit*, p 97.

أنظر كذلك القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 10 مارس 1966، والذي قضى بتعويض الزوج بمبلغ 30000 فرنك فرنسي عن ضياع فرصة الشفاء والبقاء على قيد الحياة التي حرمت منها الضحية (زوجته)، وذلك نظرا لإخلال الطبيب الأخصائي في الولادة بالواجبات المفروضة عليه. أنظر:

C.A de Paris, 10 mars 1966 : « En ce qui concerne le lien de causalité entre la faute et le dommage, s'il est vrai que le demandeur n'établit pas son existence de façon péremptoire, il n'en existe pas moins en la cause des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour admettre que le décès de la dame… est la conséquence directe des fautes commises par le docteur… et que les manquements a ses obligations de moyens ont ainsi fait perdre d'importantes chances de guérison… ». Cité in: M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins...*, *op. cit*, p 270.

[2]- د. محمد حسين منصور، ***المسؤولية الطبية***، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2006، ص 78.

الحياة. (لم يتم مساءلة الطبيب جزائيا لغياب علاقة سببية يقينية بين الخطأ الطبي ووفاة المريض، لكن قضى بالتعويض عن تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة مدنيا)[1].

يستخلص الأمر نفسه من القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 جانفي 1970، بحيث ولهدف إجراء جراحة تجميلية، قام الجراح بنفسه بتخدير المريضة تخديرا موضعيا بمادة "Xylocaine" دون الاستعانة بطبيب تخدير، وبعد نهاية العملية أصيبت المريضة بأزمات قلبية مفاجئة أدت إلى وفاتها.

وقررت محكمة استئناف باريس بتاريخ 23 أفريل 1968، أن الجراح على علم بأن التخدير قد ينتج حوادث التشنج (أزمات قلبية)، فكان عليه ضمان تدخل سريع لطبيب التخدير لمواجهة الوضعية، لذا تمت مساءلة الجراح رغم عدم ثبوت إمكانية تفادي الوفاة، فذلك لا يمنع من القول أن خطأ الجراح فوت على المريضة فرصة البقاء على قيد الحياة.

وهكذا رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن بالنقض، وأيدت بالتالي قرار محكمة استئناف باريس بتقريرها: " يمكن إثارة الضرر بمجرد تضييع فرصة كانت موجودة. فالجراح، بعدم ضمان التدخل السريع لطبيب التخدير، حرّم المريضة من فرصة البقاء على قيد الحياة، والمتوفاة إثر هذا الإهمال، ويلتزم بالتعويض عن هذا الضرر تجاه والدة المريضة"[2].

كما أيدت محكمة النقض الفرنسية في 21 نوفمبر 1978 القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 11 مارس 1977، والتي قضت بمسؤولية الجراح الذي استعان أثناء العملية بطبيب غير أخصائي في مجال التخدير. وما لبث أن مارس هذا الأخير مهمته حتى انتاب المريضة ضيق في التنفس أعقبه اضطرابات قلبية، فنقلت إلى المستشفى

---

[1]- C.A de Caen, 9 janv. 1966,

نقلا عن: منير رياض حنا، ***مسؤولية الأطباء والجراحين...***، مرجع سابق، ص 507.

[2]- Cass. 1ère Civ 27 juin 1970: « Un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue. Un chirurgien, en ne s'assurant pas l'intervention immédiate d'un médecin anesthésiste, compromet la chance de survie de l'opérée, décédée à la suite de cette défaillance, et doit réparation de ce chef de préjudice à la mère de la patiente ». Cité in : M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins…*, *op. cit*, p 269. Voir not George BOYER CHAMMARD, Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale*, *op. cit*, p 69.

وهي في غيبوبة، ثم توفيت بعد بضع أيام. أكد الخبراء في تقريرهم خطأ الجراح مما استوجب إدانته من قبل محكمة استئناف باريس التي قررت أن التقصير في واجب اليقظة والعناية المنسوبة إلى الجراح، أدى إلى فقدان المريض فرصة البقاء على قيد الحياة[1].

ب - عدم إجراء الفحص التمهيدي وفوات الفرصة

يلتزم الطبيب، قبل إجراء العملية الجراحية بإخضاع المريض للفحص الشامل تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة المقبلة. ولا يقتصر هذا الفحص على موضع معين أو العضو الذي يكون محلا للعملية، بل يشمل الحالة الصحية العامة للمريض وما يمكن أن يترتب من انعكاسات سلبية بعد التدخل الجراحي[2].

أجرى الجراح عملية استئصال زائدة دودية لمريض بدون فحصه مسبقا. وبعد العملية ظهرت على المريض أعراض انسداد الأمعاء، فتم نقله إلى مستشفى خاص أين توفي بسبب تسمم في الدم. عرض النزاع أمام محكمة استئناف " أكس AIX "، والتي قضت بمسؤولية الجراح المدنية، وإلزامه بتعويض أرملة المتوفى لما أصابها من ضرر مرتد.

فقررت أنه يجب على الجراح القيام بالفحوصات الأولية قبل إجراء العملية، والتي تعوّد الأطباء الأخصائيون على القيام بها، ويشكل هذا الامتناع خطأ ثابتا لاشك فيه. ورغم أنه لم يقدم الدليل على أن الوفاة كانت نتيجة لهذا الخطأ إلاّ أنه، ومما لاشك فيه، أن هذا الخطأ قد حرم المريض من فرصة في البقاء على قيد الحياة، وهذا وحده يكفي للحكم بالتعويض.

وقد رفضت محكمة النقض الطعن المقدم ضد القرار المذكور، بتقريرها " ولو أنه لم يثبت أن خطأ الطبيب هو سبب الوفاة، إلاّ أنه على الأقل قد حرّم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة "[3].

---

[1]- C.A de Paris, 11 mars 1977 : «… Par manque de diligence, il a fait perdre une chance de survie à la dame B… ». Cité in : M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins...*, *op. cit*, p 269.

[2]- د. محمد حسين منصور، ***المسؤولية الطبية***، مرجع سابق، ص75. طلال عجاج، ***المسؤولية المدنية للطبيب***، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 279 و 280.

[3]- Cass. 1ère Civ, 18 mars 1969 : « …S'il n'était pas certain que la faute de M… avait été la cause du décès, elle n'en avait pas moins privé K. d'une chance de survie ». Cité in: George BOYER CHAMMARD, Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale*, *op. cit*, p 96.

ثانيا: موقف الفقه الفرنسي من الاتجاه القضائي الخاص بفكرة فوات الفرصة

يؤدي تمسك القاضي بمبدأ " كل خطأ طبي فني، إذا لم يكن سببا مباشرا للضرر النهائي، فهو على الأقل سبب في فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة "، إلى نتيجة مفادها أن كل إهمال أو عدم حيطة صادر من الطبيب يترتب عنه بالضرورة إثارة مسؤوليته ولو أنها مسؤولية جزئية، إلا أنها مسؤولية. فيكتفي القاضي بعلاقة سببية محتملة بين الخطأ الطبي والضرر النهائي، فهو لا يلزم بالإثبات اليقيني أن ذلك الخطأ هو سبب الضرر، بل يكتفي بافتراض أنه لولا الخطأ الطبي الثابت لما تحقق الضرر اللاحق بالمريض. وبعبارة أخرى، التمسك ب " ترابط احتمالي " بين الخطأ والضرر، وذلك عن طريق الاستنتاج بمفهوم المخالفة[1].

اشتراط "التأكيد واليقين" من أن الخطأ الطبي الثابت هو سبب الضرر النهائي اللاحق بالمريض، يؤدي حتما إلى إعفاء الأطباء من أية مسؤولية. وبتعبير آخر، تمسك القاضي بالخبرة الطبية التي تعجز على إثبات العلاقة السببية اليقينية بين الخطأ الطبي والوفاة مثلا، يترتب عنه آليا عدم مسؤولية الأطباء[2]. لذا استعان القضاء الفرنسي بنظرية تفويت الفرصة كملجأ لمواجهة الشك والتردد القائم حول علاقة السببية.

تعارض الدكتورة "درسنار دليفت" (DORSNER-DOLIVET) هذا الرأي، فهي ترى أنه لا يترتب عن كل خطأ طبي بالضرورة فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فذلك لا يتحقق إلاّ إذا انعدمت العوامل الأخرى المتدخلة بجانب الخطأ الطبي في إحداث الضرر النهائي[3].

---

[1]- Jean PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Sirey, Paris, 1977, p 121 et 122.

[2]- تأخذ محكمة النقض المصرية بمبدأ مسؤولية الطبيب عن تفويت فرصة العلاج على المريض في قرارها الصادر بتاريخ 22 مارس 1966، إذ قضت بأن الطبيب يقع عليه التزام ببذل العناية الصادقة في سبيل شفاء المريض مراعاة لتقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة، لذا فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر اللاحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج، مادام أن الخطأ قد تداخل بما يؤدي إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب. نقلا عن: د. ادوار غالي الدهبي، ***خطأ الطبيب وتفويت الفرصة على المريض***، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، 1971، مصر، ص 194 و 195.

[3]- Annick DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudences : A propos de la chirurgie*, L.G.D.J, Paris, 1986, p 421 et 422.

تعتبر واقعة الضرر معادلة تجمع العديد من العوامل منها: حالة المريض واستعداده الأوّلى، والإمكانيات المادية، والعوامل الطبيعية، والأخطاء. ولا يسند للخطأ الطبي، الذي يدخل ضمن هذه العوامل، صفة المسبب إلاّ إذا توافرت العوامل الأخرى ولا يلحق بالمريض أي ضرر، بالتالي يفترض أن الخطأ هو سبب الضرر.

وبتعبير آخر، يجب الأخذ بعين الاعتبار نسبة مساهمة العوامل الأخرى، بجانب الخطأ الطبي، في إحداث الضرر. فإذا تبيّن أن غياب الخطأ لن يجنّب المريض الضرر، كان لابد من استبعاد مسؤولية الطبيب، وعدم الأخذ بفكرة فوات الفرصة كوسيلة للهروب من مهمة إثبات العلاقة السببية الأكيدة بين الخطأ الطبي والضرر النهائي.

وعلى هذا النحو، يجب على القاضي أن لا يلجأ تلقائيا إلى نظرية فوات الفرصة إلاّ إذا تبيّن له وجود فرص جدية تؤكد أن لولا الخطأ الطبي لما وقع الضرر النهائي. بمعنى آخر، أنه لولا الخطأ الطبي الثابت لأمكن اتخاذ احتياطات مناسبة لتجنب الضرر النهائي اللاحق بالمريض[1].

أما بالنسبة لطبيعة الخطأ المرتكب الذي يجب التمسك به لإثارة نظرية فوات فرصة الشفاء، فإن الأستاذة " فكاري VACARIE " تقتصر تطبيق النظرية على الفعل السلبي فقط، كالامتناع عن تقديم العلاج المناسب أو التأخير في تقديم العلاج مثلا، فهي تعتبرها آلية لمعاقبة الطبيب على امتناعه وإغفاله، ووسيلة لتغطية الشك القائم حول علاقة السببية، والتي يجد القاضي نفسه مجبرا على تركيب سلسلة الأحداث المؤدية للضرر لولا فعل الامتناع[2].

أما طلب التعويض عن فوات الفرصة المترتبة عن الخطأ المادي يكون مرفوضا بحجة أن الطبيب قد بذل جهدا لتحقيق الشفاء أثناء تدخله الطبي، لذا لا يجب مساءلته على

---

[1]- Annick DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudences : A propos de la chirurgie*, *op. cit*, p 421 et 422.

[2]- Cité in: Rodolphe ARZAC, *L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif*, *op. cit*, p 764.

أساس وجود قرائن محددة ومنسجمة التي لا تكفي كدليل للإثبات، إلاّ إذا تبين وجود علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين الخطأ والعجز مثلا[1].

لكن معظم الفقه[2]، وسايره في ذلك القضاء[3]، لا يدلي أية أهمية لهذه التفرقة، إذ يرى أن فرصة الشفاء الضائعة يمكن أن تنتج عن فعل إيجابي أو سلبي، فخطأ الإغفال مثله مثل الخطأ المادي يمكن أن يعارضا احتمال تحقق واقعة إيجابية[4]، وبالتالي تقرير مسؤولية الطبيب على أساس فوات الفرصة سواء ثبت خطأه أثناء تدخله الجراحي أو امتناعه عن إجراء تحاليل طبية قبل ذلك التدخل مثلا.

كون الخطأ الطبي الثابت بسيطا أو جسيما لا يعرقل مهمة البحث عن تطبيق نظرية فوات الفرصة، ولا يؤثر على مقدار التعويض، فكلاهما يمكن أن يسبب في تفويت فرصة الشفاء على المريض. إذ كلما كان الخطأ الطبي جسيما كلما زاد احتمال اعتباره سببا الضرر النهائي، كما أن مجرد التأخير في اسعاف المريض قد يؤدي إلى مضاعفة الخطر على صحته، وبذلك يفوّت على المريض فرصة تجنب تلك الأضرار أو الحصول على نتائج أفضل، ويقدم له، في كلتا الحالتين، تعويضا جزئيا.

هذا دليل على أن نسبة تأثير الخطأ الطبي على تدهور الحالة الصحية للمريض أعلى مقارنة مع الصدفة، لذا يجب ألاّ يتهرب القاضي من مهمة البحث عن هذه النسبة عن طريق استبعاد مسؤولية الطبيب، أو إلقاء كل العبء عليه بإلزامه بتعويض كل الضرر النهائي[5].

يرى الأستاذ "أرزاك ARSAC" أنه لا فائدة من التكييف القانوني للأخطاء الطبية، لكن عملية البحث عن طبيعتها، عددها، وجسامتها تعد أمرا ضروريا لإدراك مدى اشتراكها

1- Cité in: Rodolphe ARZAC, *L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif*, *op. cit*, p 764.

2- نذكر منهم: ألان بنابنت A. BENABENT في رسالته المشهورة تحت عنوان " الفرصة والقانون "، جورج دوري G. DURRY، لزورد N. Lesourd.

3- Voir, *supra*, pp 13 _ 19.

4- *« Une abstention peut de la même façon qu'un acte matériel, compromettre une probabilité favorable »*. Hanifa BENCHABANE, *L'aléa dans le droit des contrats*, *op. cit*, p 29.

5- Rodolphe ARSAC, *L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif*, *op. cit*, p 760 et 761.

في إحداث الضرر النهائي اللاحق بالمريض، لأنّ التساؤل الجوهري لا يتمحور في مدى جسامة الخطأ المرتكب، بل في مدى تفوق آثاره على آثار الصدفة[1].

الفرع الثاني

تبرير السببية بين الخطأ الطبي وفوات الفرصة

تنبثق من الخطأ الطبي علاقتان سببيتان: الأولى تربطه بالضرر النهائي، وهي مستحيلة الإثبات بصفة أكيدة وإلاّ قامت المسؤولية الطبية التقليدية، الثانية تربطه بالضرر الأوّلي "فوات الفرصة" والتي تمت محاولة تبريرها بنظرية تعادل الأسباب، إلاّ أنها عاجزة عن ذلك **(أوّلا)**، أو بنظرية السببية الملائمة، والتي تبيّن أنها غير كافية **(ثانيا)**، لذا يمكن الاعتماد على نظرية الجمع بين السببية والاحتمال**(ثالثا)**.

أولا: عجز نظرية تعادل الأسباب عن تبرير التعويض عن فوات الفرصة

تمت محاولة تطبيق مضمون نظرية تعادل الأسباب لتبرير التعويض عن فوات الفرصة (1)، فتبيّن أنها عاجزة عن ذلك لعدة أسباب (2).

1- مضمون نظرية تعادل الأسباب:

تعرّف نظرية تعادل الأسباب، والتي ترجع صياغتها الأولى إلى الفقيه الألماني" فون بيري von buri "، السبب على أنه " كل عامل أسهم في حدوث الضرر متى ثبت أنه لولاه ما حدث هذا الضرر"[2]، وتعتبر أن جميع العوامل التي تتظافر في إحداث نتيجة ما، ينبغي أن تعد متكافئة ومسؤولة بالتالي عن حدوثها دون موازنة بين عامل وآخر من حيث قوّته[3].

الضرر، وفقا لهذه النظرية، هو نتيجة لكل العوامل التي شاركت في إحداثه، وبالتالي فإنه يحدث نتيجة لكتلة من الأسباب، وبدون هذه الكتلة أو غياب جزء منها لا يقع

1- Rodolphe ARSAC, *L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif*, *op. cit*, p p 763.

2- د. سليمان مرقس، ***المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية***، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية: الخطأ، الضرر والسببية، مطبعة الجبلاوى، مصر، الطبعة الثانية، 1971، ص 469.

3- د. عادل جبري حبيب، ***المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته على توزيع عبء المسؤولية المدنية***، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 289.

الضرر. فالخطأ مثلا هو السبب في كل الضرر، وأن هذا الخطأ، من ناحية أخرى، لم يحدث الضرر كله دون خطأ الآخر، لذا فإنه لا يستوعب كل السببية. بعبارة أخرى، فإن كل سبب من الأسباب المتعادلة يعطي للسبب الآخر "القدرة السببية"، إذ يعتبر كل سبب عامل لابد منه لحدوث الضرر، وبدونه تكون الأسباب الأخرى عديمة الفعالية[1].

رغم المزايا التي تمتاز بها هذه النظرية كتيسير مهمة الإثبات على المضرور، إلاّ أنه يعاب عليها، كونها تنطوي على تناقض منطقي ظاهر، وأن الأخذ بها يؤدي إلى نتائج ظالمة غير عادلة، فهي توسّع من فكرة المسؤولية فتقبل التعويض عن الضرر المباشر وغير المباشر، وهو أمر غير مقبول قانونا[2].

كما أن هذه النظرية تعتد بالتقدير الكيفي للسببية الذي لا يسمح، بخلاف التقدير الكمي لها، بتقدير حقيقة كل دور في إحداث الضرر ومدى مساهمته فيها. فهي تأخذ بكافة الأسباب أيا كان قدر مساهمتها في إحداث الضرر، مما يؤدي إلى اعتناق مفهوم واسع للسببية، ويدفع الأفراد إلى بذل الحرص والحذر من وقوع الضرر بحيث أية مساهمة سوف ترتب المسؤولية[3]. حتى أن بعض الفقهاء، أمثال "جون بونو"، عبر عن ذلك بالقول أن تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى التصريح أنه " يمكن لكل شخص أن يحس بنصيب من المسؤولية في الآلام التي تمزق الكون"[4].

هكذا تعتبر أسبابا، جميع العوامل التي ساهمت في وقوع الضرر للمريض، وكلها متعادلة في ترتيب المسؤولية التي تكون مشتركة بين الطبيب وغيره، ويوزع التعويض على أساسها بالتساوي. تلك نتيجة حتمية، لاعتبار كل خطأ اشترك في إحداث الضرر عاملا معادلا للآخرين[5].

---

[1]- د. أشرف جابر، ***التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء***، مرجع سابق، ص 148.

[2]- د. حسن علي الذّنون، ***المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، رابطة السببية***، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص ص 18 _ 20. لمزيد في تفصيل عيوب النظرية أنظر: د. عادل جبري حبيب، ***المفهوم القانوني لرابطة السببية...***، مرجع سابق، ص ص 303 _ 310.

[3]- د. أشرف جابر، ***التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء***، مرجع سابق، ص 149.

[4]- « *Chacun pourrait se sentir une part de responsabilité dans le mal qui déchire l'univers* ». Jean PENNEAU, *La responsabilité médicale*, *op. cit*, p 123.

[5]- د. عبد السلام التونجي، ***المسؤولية المدنية للطبيب...***، مرجع سابق، ص 310.

وعند محاولة تطبيق مضمون هذه النظرية في إطار تفويت الفرصة نجدها عاجزة عن تبرير تعويض الضرر المترتب عن ضياع فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

2- أسباب عجز نظرية تعادل الأسباب عن تبرير التعويض عن فوات الفرصة

تقوم نظرية تعادل الأسباب في الواقع على صفة اليقين والتأكيد، ويظهر ذلك في عدم اعتمادها كسبب للضرر إلا بالحادث الذي ثبت يقينا أنه لولاه لما وقع الضرر. وهذا ما لا يمكن قبوله مع فوات الفرصة، التي تتضمن عنصر الاحتمال، بحيث لا يمكن القول على وجه اليقين أنه لولا خطأ الطبيب لشفي المريض[1].

في إطار نظرية تعادل الأسباب، تعتبر كل العوامل التي اشتركت في حدوث الضرر متعادلة ومتساوية في إنتاجه هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فقد يعد كل عامل من تلك العوامل محدثا للضرر بأكمله. لكن عند الحديث عن تفويت الفرصة لابد من التمسك فقط بالخطأ الطبي وحده باعتباره العامل الوحيد الذي فوت على المريض فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة[2].

أمام عجز نظرية تعادل الأسباب في تبرير التعويض عن فوات الفرصة، تم الاستعانة بنظرية السببية الملائمة.

ثانيا: عدم كفاية نظرية السببية الملائمة عن تبرير التعويض عن فوات الفرصة

طبق مضمون نظرية السببية الملائمة لتبرير نظرية فوات الفرصة (1)، لكن تبيّن عدم كفايتها لعدة أسباب (2).

1-مضمون نظرية السببية الملائمة:

تنطلق هذه النظرية، والتي تنسب إلى الفقيه الألماني " فون كريس von kris "، من فكرة مفادها التمييز بين الدور السببي الذي تلعبه العوامل المختلفة في إحداث النتيجة. ولا

---

[1]- Isabelle SOUPLET, *La perte de chance en droit de la responsabilité médicale*, Mémoire dans le cadre du DEA de Droit public, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de LILLE II , Droit et Santé , Paris, 2002, p 18.

[2]- M. BERAUD, *Le principe de la réparation de la perte de chance*, p 23. Voir sur : www.droit.univ-paris5.fr/aocivcom/01memoir/beraudM.pdf.

تأخذ هذه النظرية بعين الاعتبار إلاّ بالسبب الفعّال الذي لعب دورا أساسيا في إحداث الضرر، أي السبب الذي يجعل حدوث الضرر محتملا طبقا للسير العادي للأمور[1].

من أجل التمييز بين العوامل الملائمة وغير الملائمة، استعمل أنصار هذه النظرية ضابطا سماه الفقيه " فرونسوا شبا F.CHABAS" " الاحتمال الموضوعي لتحقيق النتيجة"، ومفاده، لاعتبار الفعل سببا منتجا لابد أن يجعل بمفرده دون بقية الأسباب الأخرى، حدوث الضرر أمرا محتملا.

لا يكفي اعتبار عاملا سببا في حدوث الضرر وأنه لولاه لما وقع، بل لابد أن يتوافر لدى هذا السبب احتمال حدوث الضرر حسب المجرى العادي للأمور، وهو ما يطلق عليه ب " السبب المنتج أو الفعّال "[2]. عكس السبب العارض الذي لا يحدث عادة ذلك الضرر، وإنما يسهم فقط في إحداثه باقترانه بالسبب المنتج، فيؤخذ بهذا الأخير لتقرير المسؤولية ويسقط السبب العارض الذي لا يقام له وزن في تقصي رابطة السببية القانونية بين الضرر وسببه[3].

أخذ القضاء الجزائري[4] هذه النظرية عندما أقر بمسؤولية الطبيب الذي لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية، وأمر بتجريع المريض دواء غير مناسب مما أدى إلى وفاته.

هذه النظرية في سبيل تحديدها للسبب الأكثر تأثيرا من غيره في إحداث الضرر، لتنوط له الرابطة بين الخطأ والضرر، كان لزاما على قاضي الموضوع، بسلطته التقديرية للوقائع المطروحة، أن يصل إلى نتائج تحمل قدرا كبيرا من الاحتمال والترجيح

---

[1]- د. علي علي سليمان، ***النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري***، د.م.ج، الجزائر، الطبعة الثانية، 1993، ص 193.

[2]- د. حسن علي الذنّون، ***المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، رابطة السببية***، مرجع سابق، ص 21 و22.

[3]- د. سليمان مرقس، ***المسؤولية المدنية في تقنينات...***، مرجع سابق، ص 472 و473.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات قرار رقم: 118720 بتاريخ 1995/05/30 " *متى ثبت أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية وتوفرت العلاقة السببية بينهما استنادا إلى تقرير الخبرة، واعترافات المتهم إذ أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض فإن قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التكييف الصحيح، وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية*"، المجلة القضائية، العدد 2، 1996، ص 179.

الموضوعي لا الشخصي على أن ذلك الخطأ هو سبب الضرر، مما يقرب به إلى الواقع والحقيقة ومن ثم إلى اليقين[1].

عند تطبيق مضمون هذه النظرية في حالة تفويت الفرصة، نلاحظ عدم كفايتها.

2- أسباب عدم كفاية نظرية السببية الملائمة عن تبرير التعويض عن فوات الفرصة

رغم تقارب الأفكار بين نظرية السببية الملائمة ونظرية فوات الفرصة بحيث أن كلاهما يقوم على درجة من الاحتمال على أن الخطأ الطبي هو السبب الحقيقي لوقوع الضرر، إلاّ أنهما يختلفان في كون نظرية السبب الملائم تستعمل الاحتمالات كوسيلة للوصول إلى اليقين حول العلاقة السببية التي تربط الخطأ بالضرر أي " سببية يقينية"[2]، ولكن أمام تعذر تحقيقه، يتم اللجوء إلى بديل له، وهو الاحتمال المرجح[3].

أما في إطار نظرية تفويت الفرصة فيفترض بالضرورة هذا الاحتمال لتقرير حدوث الضرر، لذا فهو يمثل جوهرها ولا يمكنها تفاديه. وبالنسبة لعلاقة السببية، فلا يمكن الجزم أنه لولا خطأ الطبيب لشفي المريض. بعبارة أخرى، لا يمكن القول أن الخطأ الطبي هو سبب ضروري لابد منه *sine qua non* أو السبب المنشيء للضرر[4].

تشترك نظرية السبب الملائم مع نظرية تفويت الفرصة في نقطة واحدة، وهي "الاعتماد على معيار التأثير السببي للعوامل المختلفة التي اشتركت في تحقيق الضرر عند تقدير التعويض استنادا إلى العلاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر". بحيث يقوم القاضي عند تقديره للتعويض الجزئي، بالمقارنة بين التأثير السببي لخطأ الطبيب الذي حرم المريض من فرصة الشفاء مع التأثير السببي للحالة الصحية للمريض ومدى قابليته للشفاء بالنظر إلى درجة تقدم المرض[5].

ورغم هذا التشابه، إلاّ أن التباين ما زال قائما بين النظريتين بشأن عنصر "الاحتمال"، ما دام أن القاضي يقارن في إطار السببية الملائمة بين سببين أو أكثر معروفين على وجه اليقين. أما في إطار تفويت الفرصة، فإن للخطأ الطبي، مع غيره من

---

[1]- د. أشرف جابر، ***التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء***، مرجع سابق، ص 150.

[2]- M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 23.

[3]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 174.

[4]- M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 24.

[5]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 175.

العوامل، دور سببي غير أكيد، بل محتمل، في إحداث النتيجة الضارة. لذا فالقاضي يقارن بين الآثار المحتملة للعديد من العوامل، هي بذاتها محتملة وليست أكيدة[1].

ونظرا لعدم كفاية هذه النظرية لتبرير التعويض عن تفويت الفرصة لجأ بعض الفقهاء إلى التمسك بعنصر الاحتمال ليس كونه وسيلة لتقدير احتمال حدوث الضرر ابتداء من حدث ما، بل باعتباره عنصرا جوهريا وأساسيا، لا عرضيا.

ثالثا: إمكانية الاستناد على نظرية الجمع بين السببية والاحتمال

لتبرير فكرة التعويض عن فوات الفرصة، اقترح الفقيه الفرنسي " جاك بوري J.BORE" نظرية تقوم على إدماج السببية بالاحتمال أو بما سماه " إدماج القانون السببي بالقانون الاحتمالي "[2].

في إطار فوات الفرصة، تتداخل عدة عوامل بعضها معروفة، مثل مدى فعالية طريقة علاج ما، وبعضها محتملة كآثار طريقة العلاج على المريض. فالقاضي تقديرا لقيمة الفرصة الضائعة يثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بالاستعانة بعنصر الاحتمال الذي يتم تقديره حسابيا على أسس علمية مدروسة هي الخبرة الطبية. فإذا بيّنت هذه الأخيرة أن علاجا ما يؤدي إلى 90% من نسبة الشفاء، فإن ذلك يعد دليلا معقولا، والذي وإن كان لا يصل إلى حدّ اليقين، إلا أنها نسبة تصل إلى حدّ الترجيح المعقول، الذي يكون كافيا لتقرير أن خطأ الطبيب فوت فرصة الشفاء على المريض[3].

أما إذا كان العلاج يشفي مريض على اثنين، فإن للمريض فرصة واحدة على اثنين للشفاء، لذا يقدر تعويض الفرصة بالنصف فقط[4]، وهو ما يدخل في إطار الاحتمالات العادية[5]. وبهذا الخصوص ذكر الفقيه "كاهن kahn" أن احتمال تحقق النتيجة المنتظرة هي

---

[1]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 175.

[2]- « *La combinaison de la loi causale et la loi aléatoire* ».

[3]- Isabelle SOUPLET, *La perte de chance en droit*..., *op. cit*, p 18.

[4]- Cité in : M. BERAUD, *Le principe de la réparation*..., *op. cit*, p 35.

[5]- Exemple des probabilités simples : Dans le jeu de pile ou face, les probabilités des deux cotés d'une pièce de monnaie sont égales et chacune d'elle est un demi, il ya une chance sur deux d'avoir pile, et une chance sur deux d'avoir face. Dans les contrats aléatoires en

" العلاقة بين عدد الحالات التي تتحقق فيها النتيجة المرجوّة على العدد الإجمالي للحالات الممكنة "[1].

تتم مسألة تقدير الفرصة الضائعة، في أي نظام قضائي كان، عن طريق الاستعانة بالاحتمالات، رغم تباين هذه الأنظمة في نسبة الاحتمالات التي تؤخذ بعين الاعتبار لتقرير مسؤولية الطبيب في تفويت فرصة الشفاء على المريض[2].

تشير الأستاذة " فكاري VACARIE " أنه لابد من استبعاد مسؤولية الطبيب القائمة على أساس فوات فرصة الشفاء عندما يبيّن التقرير الطبي أن الضرر النهائي الذي لحق المريض كان لا مفر منه نظرا لتدهور حالته الصحية، لذا لا مجال للحديث عن فوات الفرصة ما دام أنه لم تكن للمريض فرصة للشفاء أصلا[3].

وبتعبير آخر، إن احتمال تحقق النتيجة المرجوة من شفاء أو تجنب خطر الوفاة، كان معدوما نظرا لتفاقم الحالة الصحية للمريض قبل أيّ تدخل طبي أو جراحي.

أنشأ القضاء الفرنسي أمام مرونة فكرة تفويت الفرصة، قرينة قضائية[4] على قيام مسؤولية الطبيب عندما يؤدي خطأه إلى تفويت فرصة الشفاء أو

---

se sert aussi des probabilités mathématiques ou statistiques. Voir dans: Hanifa BENCHABANE, *L'aléa dans le droit des contrats*, *op. cit*, p 16.

[1]- La probabilité du résultat attendu : « *C'est le rapport du nombre de cas favorables à ce résultat au nombre total de cas possibles* ». Exp : probabilité de tirer un roi est de 4/32 car le nombre total de cartes est de 32 et parmi elles, il ya 4 rois. Cité dans: *Ibid*, p 15.

[2]- يأخذ القضاء الفرنسي بالاحتمال الكافي، أما القضاء البلجيكي نجده أكثر حرصا، فهو لا يأخذ بالمبدأ الذي يقضي "أن كل خطإ طبي يفقد بالضرورة المريض من فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة". فهو لا يقضي بتعويض الفرصة الضائعة إلاّ إذا تبين حقيقة إمكانية تحقق الشفاء، وأن فوات الفرصة بعلاقة مباشرة مع الخطأ الطبي. أنظر:
George BOYER CHAMMARD, Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale*, *op. cit*, p 104.

[3]- Cité in: Isabelle SOUPLET, *La perte de chance en droit…*, *op. cit*, p 19.

[4]- تعرف القرائن بوجه عام على أنها " *النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة"*. إذن، تعتبر القرائن أدلة غير مباشرة، فلا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها. وهذا ضرب من تحويل الإثبات « Déplacement de preuve » من محل إلى آخر.

للقرينة القضائية عنصران هما: العنصر المادي، والذي يتمثل في واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى، والتي تسمى " الدلائل أو الأمارات ". والعنصر المعنويّ، والذي يتجلى في عملية الاستنباط التي يقوم بها القاضي ليصل من الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها.(=)

البقاء على قيد الحياة على المريض، وهو في الحقيقة ما يشكل انقلابا في القواعد التقليدية في الإثبات[1].

تعتبر نظرية فوات الفرصة بمثابة " قرينة السببية " الذي يستعمل الاحتمالات لتقرير خاصية الضرر المباشر. وبهذه الطريقة لا يكون أمام المدعى عليه سوى إثبات تدخل السبب الأجنبي لدرء المسؤولية [2].

ويؤكد الأستاذ " بوريj. BORE " أن فكرة اعتداد القاضي بالاحتمال المبني على الحقائق العلمية لا يتضمن إنكارا واعتداء على قواعد الإثبات، بل يقتصر دوره على نقل عبء الإثبات ما دام أن الحق في التعويض لا يعرف إلا تأكيدا نسبيا وليس مطلقا. إن الضرر المحقق هو غالبا الضرر الذي يغلب فيه الاحتمال والترجيح إلى درجة اعتداد القانون به. أما الضرر المحتمل فهو الذي يقل فيه الاحتمال إلى درجة عدم الاعتداد به[3].

ومن أجل التحليل القانوني الصحيح لعلاقة السببية، كان لابد من الاستعانة بإحصاءات صحيحة تتضمن المرضى المتوفين بنفس الخطأ الطبي، مع الأخذ بعين الاعتبار، نفس السن والحالة الصحية وطريقة العلاج...، إلاّ أن هذا الأمر يبقى نظريا وصعبا للتحديد نظرا للصعوبات الطارئة عمليا، ما دام أن الأطباء لا يعترفون بأن الأمر كان يستلزم علاجا أكثر تناسبا مع حالة المريض الصحية.

أمام مرونة فكرة ضياع الفرصة، فإن القاضي يفسر الشك لمصلحة المضرور، ويقيم قرينة على مسؤولية الطبيب، ويستند في ذلك إلى إحدى نظريات السببية. ما دام أن المشرع، حسب بوري، لم يفرض على القاضي نظاما محددا للسببية، ولم يفرض عليه

(=) يتمتع قاضي الموضوع بسلطة واسعة في تقدير القرائن، فهو حرّ في اختيار أية واقعة من الوقائع التي تثبت أمامه لكي يستنبط منها قرينة على صحة الواقعة المراد إثباتها. كما أنه حرّ كذلك في تكوين اقتناعه، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوّية الدلالة، ولا يقتنع بعدّة قرائن يرى أنها ضعيفة الدلالة. ولا تعقب عليه محكمة النقض في هذا التقدير متى كان استخلاصه للقرينة والأخذ بها سائغا. راجع: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام***، ص ص 328 _ 334.

[1]- علي عصام غصن، ***الخطأ الطبي***، مرجع سابق، ص 195.

[2]- Isabelle SOUPLET, *La perte de chance en droit*..., *op. cit*, p 19.

[3]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 178.

قبول التأكيد واليقين بحيث يمكن له، عن طريق الخبرة الطبية، أن يتحصل على نسبة معقولة لظاهرة احتمالية يبني بها قناعته على أنها سبب حدوث واقعة العجز أو الوفاة[1].

المطلب الثاني

افتراض السببية في مجال الإعلام

تقع عدّة التزامات على الطبيب ترتبط بضميره الإنساني، وأهمها الالتزام بإعلام المريض حول حالته الصحية، وتطوّرها المتوقع والعلاج المقترح، حتى يصدر عن المريض رضا متبصر ومستنير يعكس قبوله للتدخل الطبي **(الفرع الأوّل)**. وحينئذ يمارس الطبيب عمله احتراما للأصول العلمية الفنية.

لكن، ولسوء الحظ، قد يلحق بالمريض ضرر ناتج عن وقوع خطر طبي، قصّر الطبيب في إعلام المريض بإمكانية وقوعه، فيفترض القاضي توافر السببية متى ثبت أن فوات فرصة تجنب الخطر ناتج عن نقص الإعلام **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

ضرورة الحصول على الرضا المتبصر

قبل مباشرة الطبيب لأيّ تدخل طبي لا بد أن يحصل على رضا المريض، الذي يقتصر سابقا على مجرد التعبير البسيط عن إرادته المتجهة نحو المساس بحرمة جسده، مادام أن الثقة التي يكنّها للطبيب تطغى على العلاقة الطبية **(أوّلا)**. وأصبحت فيما بعد، عبارة عن علاقة الحق بالواجب نظرا لتشديد المريض وحرصه على واجب إعلام الطبيب له بكل ما يحيط حالته الصحية، وبهذا الشكل يكون قد صدر عنه رضا متبصر **(ثانيا)**.

أولا: القرار الطبي: من الوصاية الطبية إلى الرضا المتبصر

إن العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض لا تحكمها قواعد فنية محددة قانونا، بل هي أكثر من ذلك ما دام أن الطرفين تجمعهما علاقة عميقة مجسدة في احترام مبدأ الإنسانية

---

[1]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 179.

إذ عبر عن ذلك الفقيه (بورت لوي) «PORTE LOUI» في مقولته الشهيرة[1]، التي ترمي إلى تبني نظام "الوصاية أو الأبوية الطبية " الذي يعتبر المريض طفلا غير آهل لمناقشة حالته الصحية لذا يسلم جسمه بثقة عمياء إلى الطبيب باعتباره شخص فني يتمتع بكامل الصلاحيات لاتخاذ ما يراه مناسبا لعلاجه[2].

هناك من كيّف هذه العلاقة على أنها علاقة الأب بابنه، وهذا ما صرح به رئيس اللجنة الوطنية الفرنسية للأطباء في الملتقى الأكاديمي للعلوم النفسية والسياسية المنعقد سنة 1950 بقوله: " كل مريض يجب أن يكون اتجاه الطبيب كطفل لابد من مآنسته وليس بالتأكيد خداعه، طفل لابد من معازاته، ولا التمادي فيه، طفل لابد من مناجاته أو شفائه"[3].

إن البحث عن رضا المريض في إطار نظام الوصاية الطبية يعني معارضة الاتجاه القائي المؤسس على "مبدأ الإحسان أو عدم الإضرار"[4]، الذي يعبر عن الحماية القانونية للمريض المتواجد في مركز ضعف وتألم بسبب تدهور حالته الصحية وجهله لفن الطب، لذا يتحمل الطبيب المسؤولية ما دام أنّه يحلّ محل المريض في اتخاذ القرار الطبي الذي يكون مفيدا له[5].

---

[1]- " *كل عمل طبي ليس، لا يمكن، لا يجب أن يكون إلا عبارة عن ثقة متصلة بحرية مع الضمير*".

« *Tout acte médical n'est, ne peut être, ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience* ». Cité in: Bruno Py, *Les justifications pénales à l'activité médicale*, *op. cit*, p 122.

[2] - *Ibid*.

راجع كذلك العوامل المؤدية إلى تبني نظام الوصاية الطبية في: زينب أحلوش بولحبال، ***رضا المريض في التصرفات الطبية***، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق فرع: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001/2000، ص 42 و43.

[3]- « *Tout patient est et doit être pour le médecin comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper – un enfant à consoler non pas à abuser – un enfant à sauver ou simplement à guérir* ». Voir : Suzanne RAMEIX, *La décision médicale : Du paternalisme des médecins à l'autonomie des patients*, p 1. www.cndp.fr/archivage/valid/65940/65940-9254-11425.pdf

[4]- « *Principe de bienfaisance ou de non malfaisance* ».

[5]- من مميزات هذا الاتجاه أن الطبيب هو شخص ذو خلق وضمير لا ينتج عن تدخله إلا آثار إيجابية من منافع وإحسان...أنظر في تفصيل ذلك: Suzanne RAMEIX , *La décision médicale* ..., *op. cit*, p 5 et 6

لكن سرعان ما تغير الأمر[1]، وأصبح رضا المريض ضرورة مطلقة لكل تدخل طبي، وذلك تكريسا للمبادئ الأخلاقية المعترف بها عالميا، كحق الشخص في تقرير مصيره وحقه في سلامته البدنية والعقلية[2].

لا يقصد بالرضا مجرد الإيجاب الصادر من المريض للطبيب، والذي كوّن العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب، بل هو رضا خاص، يتطلبه الفقه والقضاء من المريض متى أراد الطبيب إجراء علاج له. إذ يتمثل في ذلك الرضا الصادر من المريض، وهو حر الإرادة عالم بحالته وما ينطوي عليه العلاج من خطر[3]، ويطلق عليه تسمية "الرضا المتبصر أو المستنير"، باعتباره ذلك " الرضا الصادر عن صاحبه بعد تلقيه قدر من المعلومات الضرورية اللازمة من قبل الطبيب، والمتعلقة أساسا بتشخيص المرض والعلاج المقترح، وما يكتنفه من مخاطر، وذلك لتمكين المريض من اتخاذ قراره على بينة من أمره"[4].

يرجع اشتراط هذا النوع من الرضا إلى تطور العلاقة بين الطبيب والمريض، والتي أصبحت عبارة عن علاقة الحق بالواجب، وذلك بصفة متبادلة في إطار نظام أخلاقي جديد مؤسس على مبدأ احترام الشخص في استقلاليته وذاتيته[5]. هكذا، يتخذ المريض لوحده القرار الطبي المتعلق بصحته بعد تفاوض عقدي، وبالتالي يعتبر المسؤول عن نتائج العمل الطبي الذي اختاره[6].

---

[1]- Voir la *sortie du paternalisme* dans : Suzanne RAMEIX, *La décision médicale …, op. cit,* p 6 et 7.

[2]- كرس الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدل والمتمم (ج.ر عدد 76 لسنة 1996) حماية لجسم الإنسان من أي اعتداد في المواد 33 و34 و35 إذ جاء في مضمون هذه الأخيرة مايلي: " *يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية* ".

[3]- د. وديع فرج، ***مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية***، القسم الأول، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية، العدد الأول، السنة الثاني عشر، 1942، ص 427.

[4]- د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية***، مرجع سابق، ص 102.

[5]- « *L'autonomie ou l'autodétermination* ».

[6]- يعتبر الطبيب، وفق هذا الاتجاه، شخصا ذو خلق إذا قام أثناء تدخله الطبي بصفة أولوية، بواجبه في احترام المبادئ المبادئ العالمية: " الحرية والعدالة والاستقلالية..." مع تنفيذ ما أمره به المريض باعتباره أدرى بمنافعه وليس للطبيب أن يعترض، هكذا يعيب على هذا النظام المطبق في الولايات المتحدة الأمريكية وكذا في أوروبا الشمالية

اتخذت بعض الدول مثل فرنسا والجزائر موقفا وسطا، يتجسد في التوافق والمزج بين مبدأين: "احترام استقلالية المريض" و" تحقيق الحماية وعدم الإضرار به"، وهو ما أطلق عليه البعض " بالاستقلالية المخففة"[1] الذي يعكسه استبعاد مسؤولية الطبيب عندما يلجأ إلى تحديد التزامه بالإعلام حول تشخيص مرض جسيم، وذلك نظرا للحالة الصحية للمريض وخوفا من تفاقمها[2].

لم تنظم تشريعات الدول نظرية الرضا المتبصر إلا حديثا وتم استقرار القضاء والفقه على العمل بها منذ أكثر من نصف قرن، إذ نلمس قرار "Teyssier" الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 28 جانفي1942، الذي أقر مسؤولية الطبيب الجراح لعدم إعلام المريض بطبيعة وآثار العملية الجراحية التي أجراها له، استنادا إلى أن الجراح ملزم بالحصول على رضا المريض بالعملية، وأن الإخلال بهذا الالتزام يشكل مساسا بحق المريض في سلامته البدنية[3].

ففي فرنسا، صدر قانون رقم 94-653 المعدل للقانون المدني، الذي منع المساس بالسلامة البدنية للشخص إلاّ لضرورة علاجية، وألزم الطبيب الحصول على رضا

حيث يسيطر العلاقة الطبية سوء الظن وعدم الثقة... أنظر في تفصيل ذلك: (=)

(=)Suzanne RAMEIX, *La décision médicale ...*, *op. cit*, pp 7 _ 13.

[1] - « *L'autonomie tempérée* ».

[2]- بالنسبة للقانون الجزائري، فقد نصت المادة 51 من مرسوم تنفيذي 92-276 يتضمن ***مدونة أخلاقيات الطب***، ج.ر عدد 52 لسنة 1992، على إمكانية إخفاء تشخيص المرض الخطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب.

- بالنسبة للقانون الفرنسي، فقد نص قانون أخلاقيات الطب لسنة 1995، وسبقه في ذلك قانون لسنة 1979، على تحديد الطبيب لالتزامه بالإعلام عند تشخيص مرض جسيم في مصلحة المريض، وذلك بموجب المادة 2/35. أنظر:

Décret n° 95-1000 du 06 septembre 1995 portant *code de déontologie médicale*, J.O.R.F n° 209 du 08 septembre 1995. Voir sur : www.Légifrance.gouv.fr.

[3]- Cass, 28 janv. 1942: « Comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeur, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération… en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, le chirurgien commet une atteinte grave aux droit du malade ». Cité in: Sanaa MARZOUG, *L'obligation d'information médicale*, mémoire de l'Ecole Nationale de la Santé Publique de Rennes, Paris, 2000, p 17.

المريض قبل مباشرة العلاج باستثناء الحالة التي لا يستطيع فيها التعبير عن إرادته نظرا لحالته الصحية[1].

تم النص على المبدأ صراحة بموجب المادة 36 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي[2] والمادة 1111-4 من قانون 04 مارس 2002[3].

أما المشرع الجزائري، فقد نص على ضرورة الحصول على رضا المريض في عدة مواد، نذكر منها المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها[4] التي تنص: " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أومن يخول لهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك"، وكذا المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب[5] التي تنص: " يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...".

هكذا، فإن أيّ تدخل طبي يستوجب الرضا الشخصي للمريض[6] ، إذا كانت حالته الصحية تسمح له بالتعبير عن إرادته، وفي حالة العكس يعتد بموافقة ذويه من أقاربه

---

[1]- Article 16/3 (loi n°94-653 du 29 juillet 1994, article 3): « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne.*
Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas ou son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir », André LUCAS, *Code civil français*, Litec, Paris, 24ème édition, 2005.

[2]- Article 36/1 : « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ». Voir : Décret n° 95-1000, du 06 septembre 1995 portant *code de déontologie médicale*, J.O.R.F n° 209 du 08 septembre 1995.

[3]- Article 1111-4/de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ». Voir : D., n°12 du 21 mars 2002, rub législation, p 1024.

[4]- أنظر المواد 164 و165 و2/168 من قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 جويلية 1990 معدل ومتمم للقانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 ***يتعلق بحماية الصحة وترقيتها***، ج. رعدد 35 لسنة 1990.

[5]- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 جويلية 1992 ***يتضمن مدونة أخلاقيات الطب***، ج.رعدد 52، لسنة 1992.

[6]- إذا كان المريض شخصا ضعيفا لصغر سنه أو بالغ لكن موضوع تحت الوصاية لإصابته بالجنون أو العته...، فإن أيّ تدخل طبي مهما كان نوعه يستوجب موافقة والديه أو ممثله الشرعي طبقا لنص المادة 52 من مرسوم تنفيذي رقم 92-276 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري. وأضافت نفس المادة في فقرتها الثانية على إمكانية الأخذ

أومن يمثله قانونا[1] إلاّ في حالة الضرورة أو الاستعجال التي لا يحتمل فيها تأجيل التدخـــل الطبي أو الجراحي[1]. ولهدف حصول الطبيب على الرضا المتبصر والمستنير من المريض حول التدخل الطبي المقترح، كان عليه تنفيذ التزامه بالإعلام.

بعين الاعتبار برأي المريض العاجز في التدخل الطبي، انظر في تفصيل ذلك: د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية...***، مرجع سابق، ص ص 215-221. أنظر كذلك: زينب أحلوش بولحبال، ***رضا المريض في التصرفات الطبية***، مرجع سابق، ص 80 _ 83.

- أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فإنه يستلزم موافقة الوالدين أو الممثل الشرعي لمعالجة صغير السن أو المتخلف ذهنيا الموضوع تحت نظام الوصاية. لكن لابد على الطبيب البحث عن إرادة هذا المريض إذا كان قادرا على التعبير عن إرادته والمشاركة في اتخاذ القرار الطبي المتعلق بصحته، بحيث إذا رفض الوالدين أو الوصي التدخل الطبي الذي يراه الطبيب لازما لصحة المريض، أي أن الامتناع عنه يرتب آثارا وخيمة للمريض، فإنه ملزم بتقديم العلاج المناسب، المادة 1111- 4/5 من قانون 04 مارس 2002 معدّل لقانون الصحة الفرنسي. أنظر:

D., n°12 du 21 mars 2002, rub Législation, p 1024.

[1]- منح المشرع الفرنسي بموجب قانون 04 مارس 2002 لكل شخص بالغ غير موضوع تحت نظام الوصاية القانونية، حق تعيين شخص يكون من أوليا‌ءه أو أقاربه، أو حتى الطبيب المعالج ليعبر عن إرادة المريض إذا كانت حالته الصحية لا تسمح بذلك، و يطلق عليه تسمية: " الشخص محل الثقة " (Personne de confiance).

- يتم تعيين هذا الشخص كتابة دون أن يحدد المشرع الفرنسي "شكلها". لذا يرى البعض، ونظرا لأهمية هذا التعيين في اتخاذ القرار الطبي في أوقات حاسمة لحياة المريض، وجوب إفراغ هذا التعيين في طابع رسمي مماثل لبطاقة التبرع بالأعضاء.

وتجدر الإشارة إلى أن الطبيب ملزم باستشارة الشخص الموثوق فيه باستثناء حالة الضرورة. لا يستشار هذا الشخص إلاّ في حالة عدم استطاعة المريض التعبير عن إرادته، فهو لا يحلّ محلّه، ويرجع للطبيب المعالج اتخاذ القرار الطبي النهائي الذي يراه مناسبا لصحة المريض. لمزيد في تفصيل ذلك راجع:

Alice Dupuy, Nathalie Dupuy, Nathalie HALBERTAM, Anne-Claire MASNIER, *La personne de confiance*, étude (M.A.J) mise à jour le 23 avril 2005, pp 1-5. Voir sur : www.droit.univ-paris5.fr/cddm/index.php.

وصدر قانون 2007-308 مؤرخ في 05 مارس 2007 يتضمن تعديل الحماية القانونية للبالغين (Réforme de la protection juridique des majeurs) والذي دخل حيز التنفيذ الفاتح من شهر جانفي 2009، هذا القانون يسمح لكل شخص بالغ القيام بتعيين وكيل مستقبلي للحماية « Un mandataire de protection » تطبيقا لنص المادة 1/478 من القانون المدني الفرنسي مهامه تمثيل الشخص البالغ المتمتع بقواه العقلية في حالة استحالة التعبير عن إرادته وحماية مصالحة، نص هذا القانون على أن هذا الوكيل يمكن أن يطلق عليه تسمية الشخص محل الثقة.

أما بالنسبة للتدخل الطبي ذات خطورة معتبرة، فلا يتم استشارة الشخص الموثوق فيه فقط، بل أيضا مجلس العائلة أو الخبراء الطبيين وكل شخص قريب تهمه مصلحة المريض، لذا يمكن القول أن التشريع الفرنسي، ولو لم ينص عليه صراحة خلافا للمشرع الإنجليزي، فهو يأخذ بالرضا الموضوعيconsentement objectif وليس بالرضا البديل consentement substitué. أنظر في تفصيل ذلك:

Alice DUPY, *Le consentement à l'acte médical pour un majeur hors d'état de s'exprimer*,

ثانيا: الالتزام بالإعلام: شرط لتحقيق الرضا المتبصر

نقصد بالإعلام الطبي "حق المريض في معرفة حالته المرضية ومخاطر العمل الطبي أو الجراحي حتى يتمكن من المقارنة بين مزايا العلاج ومخاطره، ويتسنى له بالتالي اتخاذ قراره على بينة سواء بالموافقة أو الرفض"[2].

يعتبر الالتزام بالإعلام التزاما ثنائيا من حيث الموضوع، لأنه يتضمن من جهة أولى، طبيعة المرض الذي يعاني منه الشخص وتطوره المتوقع، ويتضمن من جهة ثانية، طبيعة وآثار العلاج المقترح من طرف الطبيب ومخاطره. وقد عبر عن ذلك المستشار "بيار سارقو" « Pierre SARGOS » بقوله: " على الطبيب أن يقيم حصيلة طبية حقيقية "[3].

ويعتبر الالتزام بالإعلام التزاما ثنائيا كذلك من حيث الهدف، بحيث يلتزم الطبيب بتبصير المريض، والإلحاح عليه على التفكير قبل اتخاذ قراره أي جعله مسؤولا. وفي الوقت نفسه، عليه أن يطمئنه على أن العلاج المقترح سيكون ناجحا ويخلصه من عذاب الألم الجسماني والنفسي[4]. لكن دون أن يرقى الإعلام إلى درجة التزام الطبيب بإقناع المريض، وهي نظرة منطقية أقرتها محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 18 جانفي 2000، لأن ذلك لا يدل إلاّ على أمر واحد، وهو التأكيد على وجوب احترام حرية المريض في الأخذ بعين الاعتبار المعلومات التي يفصحها له الطبيب أو يفضل استبعادها[5].

Droit comparé, étude mise à jour 21/02/2008, pp 1-6. Voir sur : www.droit.unix-pariss.fr/cddm/index.php

[1]- إن حالة الضرورة تفترض شرطين هما: أولا: أن يكون العمل الطبي ضروريا، بمعنى أن يكون الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنقاذ حياة المريض مقابل تضحية أو خطر محتمل أقل خطورة مما قد يتعرض له المريض لو لم يتخذ هذا العمل. ثانيا: أن يكون العمل الطبي عاجلا لا يحتمل التأخير لحين الحصول على الموافقة، أنظر: د. منصور(=) (=)مصطفى منصور، ***حقوق المريض...***، مرجع سابق، ص 18. د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية...***، مرجع سابق، ص ص 243 و254.

[2]- د. منصور مصطفى منصور، ***حقوق المريض...***، مرجع سابق، ص 20.

[3]- « *Un véritable bilan thérapeutique* ». Cité in: Nathalie ALBERT, *Obligation d'information médicale et responsabilité*, R.F.D.A, n°2, 2003, p 355.

[4]- Sanaa MARZOUG, *L'obligation d'information médicale*, *op. cit*, p 34.

[5]- تتلخص وقائع القضية فيما يلي: من أجل إجراء عملية جراحية، اقترح الطبيب وهو جراح أخصائي العيون على المريض الخضوع للتخدير العام نظرا للمخاطر المتوقعة من التخدير الموضعي، لكن المريض رفض ذلك فتم

يتعين أن يتناسب الإعلام مع المعرفة العلمية والقدرة النفسية لكل مريض، والذي يكون في أغلب الأحيان جاهلا لفن الطب. لذا على الطبيب ترجمة العناصر الطبية التقنية إلى عبارات بسيطة حتى يتمكن المريض من استيعابها[1].

من بين عناصر الإعلام التي يلتزم بها الطبيب اتجاه مريضه هي " مخاطر العلاج "، والتي تعتبر النقطة الدقيقة في الإعلام. لم يحدد المشرع الفرنسي دائرة المخاطر التي لا بد على الطبيب أن يفصحها للمريض، لذا تدخل القضاء لتحديدها إلى غاية صدور قانون 04 مارس 2002.

1- طبيعة المخاطر محل الإعلام

إن المخاطر التي لابد من الإفصاح عنها هي " المخاطر الجسيمة " المتعلقة بالعملية أو العلاج المقترح من الطبيب. ويمكن تعريف الخطر الجسيم على أنه ذلك "الخطر الذي

إخضاعه للتخدير الموضعي. ترتب عن العملية الجراحية وقوع خطر أدى إلى فقدان المريض للبصر. أدانت محكمة استئناف "ليون" الطبيب بحجة أنه كان ملزما بإقناع المريض بمخاطر التخدير الموضعي، إلاّ أن محكمة النقض رفضت ذلك وأكدت أن التزام الطبيب بإعلام المريض لا يصل إلى درجة إقناعه بمخاطر التدخل الطبي.

Cass. 1ère Civ 18 janv. 2000: « En statuant ainsi, alors qu'un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande… ». Voir commentaire de cet arrêt dans: Marie-Laure MATIEU-IZORCHE, *Obligation du médecin : informer, ou convaincre ?*, D., n°44, du 13 déc. 2001, juris-commentaire, pp 3559 _ 3563.

[1]- زيادة على خاصيتي الوضوح والتناسب التي لابد أن تتوافر في الإعلام، فإنه لابد أن يكون صادقا كذلك. ويعني ذلك إعطاء صورة حقيقية للحالة الصحية التي يعاني منها المريض والعلاج المقترح. وهذا ما كان سائدا في القضاء الفرنسي منذ سنة 1961 الذي استعمل عبارات "إعلام بسيط وتقريبي ومفهوم و صادق". وعبّرت عن ذلك صراحة المادة 35 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي لسنة 1995 "... إعلام صادق، وواضح ومناسب لحالة المريض...".

أنظر: د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية...***، مرجع سابق، ص ص 139_ 151. أو Sanaa MARZOUG, *Obligation d'information médicale*, *op. cit*, p 31 et 32.

وقد يلجأ الطبيب، حماية لمصلحة المريض، إلى الكذب الطبي الذي يعتبر من أشكال الهيمنة الطبية المتفق على إدانتها، إلاّ أن الأطباء يفرقون بين الكذب المتفائل الذي يرمي إلى طمأنة المريض والتقليل من خطورة المرض الذي تم تشخيصه، لذا فلا مسؤولية على الطبيب ما دام أن غايته، تعتبر غاية إنسانية نبيلة. وبين الكذب المتشائم الذي ينطوي على إخفاء حقائق ومعلومات جيدة حول صحة المريض، والقول له أنه تنتظره عواقب وخيمة، فهو كذب يرقى إلى درجة التدليس المعاقب عليه. أنظر: د. منصور مصطفى منصور، ***حقوق المريض...***، مرجع سابق، ص 24. طلال عجاج، ***المسؤولية المدنية...***، مرجع سابق، ص 127. د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية...***، مرجع سابق، ص ص 157_ 161.

قد يؤثر على القرار الطبي الذي اتخذه المريض"[1]. وقد عرفه كذلك المستشار "سارقو" « Pierre SARGOS »، عند تعليقه على القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 14 أكتوبر 1997، " تلك المخاطر التي ترتب بطبيعتها نتائج مميتة أو الإصابة بالعجز، أو آثار تمس بالمظهر الجمالي للمريض لما له من عواقب نفسية واجتماعية "[2].

أما فيما يتعلق الأمر بالجراحة التجميلية، فإن الإعلام يجب أن يشمل حتى المخاطر البسيطة، لأن أي تشويه بسيط قد يكون محل المساءلة الطبية، مادام أن هذا النوع من الجراحة يهتم كثيرا بالمظهر الخارجي للشخص. هذا ما أكده القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 فيفري 1998 بتقرير أن " الالتزام بالإعلام لابد أن يتضمن زيادة على المخاطر الجسمية، كل العواقب التي يمكن أن تنتج عن العملية... "[3].

يكون الخطر جسيما إذا كانت نسبة العجز الجسماني الجزئي الدائم تتراوح بين 10 و30%[4]، هذه النسبة يتم تحديدها بالتقريب عن طريق حيز طبي، وذلك بالاستعانة بجدول قياسي[5]، يتم وصفه مسبقا من طرف مجموعة من الأطباء المختصين في تقييم الأضرار الجسمانية[6].

---

[1] -Mireille BACACHE-GIBEILI, *L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques*, mise à jour le: 07 juin 2004, p 3. Voir sur: www.paris5.fr/cddm/index.php

[2]- Selon M. Le conseiller SARGOS, *Les risques graves* sont: « *Les risques de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes, ou même esthétiques graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques et sociales* ». Cité in: Patrice JOURDAIN, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Conditions de la responsabilité, *Obligation d'information du médecin : extension confirmée de l'obligation aux risques exceptionnels graves*, R.T.D.Civ, n°1, 1999, p 112.

[3]- Cass, 1ère Civ 17 fév. 1998 : « L'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves mais sur tous les inconvénients pouvant en résulter ». Cité in: Nathalie ALBERT, *Obligation d'information médicale ..., op. cit*, p 356.

[4]- Etienne GOUESSE, *Consentement, aléa thérapeutique et responsabilité médicale*, L.P.A, n°114, 9 juin 1999, p 7.

[5]- *« Barème Indicatif ».*

[6]- يتم التقدير المالي للعجز الدائم الجزئي عن طريق الأخذ بعين الاعتبار سنّ المريض، ودرجة العجز المصاب به، بحيث تزداد قيمة التعويض كلما كان المريض شابا، ويقدم له التعويض كاملا كرأس مال أو على أقساط، وللخبير مهمة تقرير نسبة العجز ويكون للأطراف (المريض، صندوق الضمان) اقتراح قيمة التعويض، ولقاضي الموضوع الفصل في الأمر، لذا تتغير هذه القيمة من قاض إلى آخر. أنظر:

Gille DEVERS, *Pratique de la responsabilité médicale*, édition ESKA, Paris, 2000, p 50.

وقد وسع قانون 04 مارس 2002 من مجال الإعلام إذ بالرجوع إلى نص المادة 1111-2/1[1] نجد أن المشرع الفرنسي استعمل عبارة "...المخاطر الجسمية والمترددة الوقوع..."[1].

2-**شمولية الإعلام لكل المخاطر**

كان القضاء الفرنسي يشترط أن ينصب الإعلام حول المخاطر الجسمية المتوقعة عادة دون المخاطر التي لا تحدث إلا بصفة استثنائية[2]. ويستثنى من ذلك جراحة التجميل، التي يكون فيها الإعلام شاملا لكل المخاطر، العادية والاستثنائية[3].

يوصف الخطر أنه استثنائي حين تكون نسبة تحققه أقل من 2%. ويرى المستشار"بيار سارقو" « SARGOS » أن هذا الحل يعتبر حلا منطقيا، ما دام أنه يجنّب الأطباء التعرض إلى مسائل عرضية لا فائدة منها، كونها ترمي إلى تحقيق هدف سلبي واحد، وهو تعقيد الإعلام وخلق اضطرابات نفسية لدى المريض قد تعيق نجاح العملية[4].

وبصدور قرار عن محكمة النقض الفرنسية في 07 أكتوبر 1998 اشترط أن يمتد الإعلام الطبي ليشمل حتى المخاطر التي لا تتحقق إلا بصفة استثنائية، إذ قرر أنه خارج حالات الاستعجال، وعدم استطاعة إعلام المريض، ورفض المريض للإعلام، فإن الطبيب ملزم بتقديم إعلام صادق، وواضح ومناسب حول المخاطر الجسيمة المتعلقة بالعلاج...، ولا يمكنه أن يتنصل من هذا الالتزام بحجة أن تلك المخاطر لا تتحقق إلاّ بصفة استثنائية[5].

---

[1]- Art 1111-2/1 : « ...Les risques fréquents ou graves normalement prévisibles... ». Voir, D., n°12 du 21 mars 2002, rub législation, p 1024.

[2]- قرر القضاء الفرنسي منذ حوالي 40 سنة إعفاء الطبيب من الإعلام حول المخاطر الاستثنائية بموجب قرارات متعددة نذكر من بينها: قرار محكمة النقض في: 14 أفريل 1969، 5 جانفي 1981، 20 جانفي 1987، 03 جانفي 1991. أنظر: Marie-Laure NATHIEU-IZORCHE, *Obligation du médecin: informer,...*, *op. cit*, p 3560.

[3]- Cass. 1ère Civ, 17 nov. 1969. Cité in: Mireille BACACHE-GIBEILI, *L'obligation d'information du médecin...*, *op. cit*, p 3.

[4]- Etienne GOUESSE, *Consentement, aléa thérapeutique...*, *op. cit*, p 7.

[5]- Sanaa MARZOUG, *Obligation d'information médicale*, *op. cit*, p 36.

انتهى المستشار "سارقو" في تعليقه لهذا القرار بوجوب تغليب فكرة النظر إلى مصلحة المريض بصفة أولوية على الضرورة العمياء للالتزام بالإعلام الكامل[1].

وأكد مجلس الدولة الفرنسي على تمديد نطاق الالتزام بالإعلام باستعماله عبارات متماثلة لتلك التي استعملتها محكمة النقض الفرنسية بموجب قرار7 أكتوبر 1998، وذلك في قرار"تال" « Telle » الصادر بتاريخ 05 جانفي 2000[2].

هكذا تراجع القضاء الفرنسي عن موقفه التقليدي، إذ بعدما كان يميز المخاطر على أساس المؤشر الإحصائي لتحقق الخطر، متوقعا كان أو غير متوقعا، أصبح يكّن أهمية بالغة لمدى جسامتها، فالمعيار النوعي للخطر حل محل معياره الكمي، وذلك نظرا لعدم دقته وعدم فعّالية الإحصائيات حول مخاطر أية عملية ما. كما أنه لا يأخذ بعين الاعتبار خصوصية كل مريض، لذا فالخط الفاصل يكون بين المخاطر البسيطة والمخاطر الجسيمة حتى الاستثنائية منها التي لابد أن تصل إلى علم المريض[3].

استعمل قانون 04 مارس 2002 في مادته 1111-2 عبارة " المخاطر الجسيمة المتوقعة عادة ". يرى البعض، أن المشرع الفرنسي استبعد المخاطر التي لا تتحقق إلا بصفة استثنائية[4]، لكن البعض الآخر، يرى من خلال الأعمال التحضيرية لهذا القانون، أن

[1]- Patrice JOURDAIN, *Obligation d'information du médecin : extension…*, *op. cit*, p 112.

[2] - Voir : Arrêt du C.E, 5 janv. 2000 dans R.F.D.A, n°2, 2000, p 473 et 474.

سار على هذا النهج سابقا، القضاء الإداري الفرنسي في قرار صادر عن محكمة استئناف باريس في 9 جوان 1998، بحيث قضى بمسؤولية المستشفى لانتهاك الطبيب لالتزامه بالإعلام الذي لابد أن يشمل المخاطر الاستثنائية المتعلقة بالعملية الجراحية التي خضع لها السيد « Guilbot » ، لأن الطبيب على علم بإمكانية وقوع ذلك الخطر، فهو مدين للمريض بالحقيقة، حتى يسلمه رضاه المتبصر بقبول أو رفض العملية. بالإضافة إلى أن قانون أخلاقيات الطب الفرنسي لم ينص على إمكانية تحديد الالتزام بالإعلام بالنظر إلى مدى توافر الصفة الاستثنائية في المخاطر من عدمها، بل بالعكس فان هذا الالتزام لابد أن يشمل بصفة أولية كل المخاطر الجسيمة التي من شأنها أن تنتج آثار العجز أو الوفاة.

Elise COROUGE, *Devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière (Conclusions sur C.A.A de Paris, 9 juin 1998, Guilbot)*, R.F.D.A, n°3, 2000, p 637 et 638.

[3]- اعترف القضاء الفرنسي بموجب قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 9 أكتوبر 2001، بالمكانة الدستورية للالتزام بالإعلام ما دام أن مصدره هو ضرورة احترام المبدأ الدستوري الذي يقضي بالمحافظة على كرامة الإنسان.

أنظر: Mireille BACACHE-GIBEILI, *L'obligation d'information du médecin…*, *op. cit*, p 3.

[4]- Nathalie ALBERET, *Obligation d'information…*, *op. cit*, p 356.

المشرع الفرنسي لم يظهر إرادته في العدول عن الموقف القضائي بل أراد التأكيد على موقفه التقليدي باشتراط كون الخطر معروفا، ومتى كان الخطر الاستثنائي معروفا[1] فهو بالتالي خطر متوقع الحدوث، أو أراد بكل بساطة استبعاد من نطاق الإعلام، المخاطر غير المتوقعة. وهذا ما أكد عليه القضاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية 18 ديسمبر2002[2].

أما بالنسبة لعبء إثبات الالتزام بالإعلام، فبعدما كان على عاتق المريض أصبح، بصدور قرار"Hedreul" عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 فيفري 1997، على عاتق الطبيب[3]، ولا يمكنه دفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي. هذا خلافا للقضاء الإداري

---

[1]- لا يقصد بالخطر الجسيم المعروف ذلك الخطر الذي يعلم به الطبيب شخصيا، بل ذلك الخطر الذي يكون معلوما أو داخلا في إطار المعطيات العلمية الطبية في وقت إجراء التدخل الطبي أو العلاجي، لذا على الطبيب أن يبحث حتى يعلم مرضاه بشكل صحيح. أنظر:

Mireille BACACHE-GIBEILI, *L'obligation d'information...*, *op. cit*, p 4

كما لا يشترط في الطبيب أن ترقى معرفته حول الخطر إلى درجة عالية، المهم أن يكون الخطر محل نقاش أو في إطار بحث علمي مشكوك بإمكانية حدوثه، وأكد على ذلك مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه بتاريخ 12 نوفمبر 1999، حيث ثبتت مسؤولية المستشفى عن نقله لفيروس "السيدا أو ضعف المناعة" في إطار عمليات نقل الدم التي أجريت سنة 1984، وذلك باستعمال مواد غير ساخنة « Des produits non-chaufés » وذلك خارج حالة الضرورة أو الاستعجال، وكان الطاقم الطبي(La communauté scientifique) على علم بإمكانية انتقال العدوى باستعمال تلك الطريقة منذ سنة 1983. ولهذا عمل المشرع الفرنسي في قانون 04 مارس 2002 (المادة 1111-2) على تجنب مثل هذا الموقف، بإلزام الطبيب، وفي حالة بروز مخاطر جديدة متعلقة بالعملية التي أجراها للمريض سابقا، بإعلام المريض عنها باستثناء حال عدم استطاعة الاتصال به. أنظر:

Nathalie ALBERET, *Obligation d'information...*, *op. cit*, p 356.

[2]- Cité in: Mireille BACACHE-GIBEILI, *L'obligation d'information...*, *op. cit*, p 4.

[3]- تتلخص وقائع قضية "Hedreul" كالتالي: كان الشخص المدعو Hedreul يعاني من أوجاع في المعدة، ورأى الطبيب ضرورة إجراء عملية جراحية باستخدام آلة المنظار، إلاّ أن الأوجاع استمرت بشدة، وبعد فحص جديد اكتشف ثقب في أمعائه، وهو خطر استثنائي يحتمل حدوثه بنسبة 3% فقط. رفع المريض دعوى قضائية مطالبا بالتعويض لأنه لم يعلم بمخاطر هذه الجراحة. رفضت محكمة استئناف "رن" Rennes لأن المريض لم يقدم الدليل الذي يثبت صحة ما يدعيه، وهو الاجتهاد القضائي السائد أنذاك (محكمة النقض الفرنسية في 29/ 05/ 1951).

ألغت محكمة النقض قرار الاستئناف بتقريرها أنه لما كان على عاتق الطبيب التزام خاص بتبصير المريض، فإنه من المحتم أن يثبت أنه نفذ التزامه، وذلك تطبيقا للمادة 1315 من التقنين المدني الفرنسي التي توجب على من يطالب بتنفيذ التزام معين إثبات وجوده، وعلى من يدعي تخلصه منه، إثبات ذلك أو أن يثبت انقضاءه بكافة طرق الإثبات.(=)

الفرنسي الذي أبقى العبء على المدعي[1] إلى غاية صدور قراري "قيلبو و تال" عن مجلس الدولة بتاريخ 5 جانفي2000 [2]. وبعد صدور قانون 04 مارس 2002 المعدل لقانون الصحة العمومية الفرنسي، نص صراحة على إلقاء عبء الإثبات على الطبيب[3]، وإلاّ قامت مسؤوليته عند ثبوت الإخلال بالالتزام في الإعلام.

(=) لمزيد في تفصيل أسباب هذا التحوّل القضائي، وأثره على طرفي العلاقة الطبية، راجع: أ. أحمد هديلي، ***نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي***، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد الأوّل، جويلية 2007، ص ص 101 _ 108.

[1]- CE, 14 juin 1991, Maalem, req n°65459. Cité in: Cyril CLENENT, *L'obligation d'information médicale : Les divergences des juges administratif et civil*, L.P.A, n°114, 9 juin 1999, p 13 et 14.

[2]- نقل القاضي الإداري الفرنسي عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام إلى الطبيب لأوّل مرة بموجب قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 9 جوان 1998 (قضية قيلبو)، وأيدها في ذلك مجلس الدولة عند النظر في الطعن بالنقض في هذا القرار بتقرير: « En se fondant, pour estimer que les praticiens avaient omis de fournir cette information, sur le fait que l'établissement hospitalier de Paris n'établissait pas que l »intéressé avait été informé des risques de l'intervention, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit ». Cité in: Pierre BON, *Alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire, (Note sous Conseil d'Etat, Section, 5 janvier 2000 Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Consort Telle)*, R.F.D.A, n° 3, 2000, p 659.

[3]- Art 1111-2/7 « *En cas de litige, il appartient au professionnel ou a l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information à été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article...* », D., n° 12 du 21 mars 2002, p 1024.

في التشريع الجزائري: يخضع إثبات عناصر المسؤولية الطبية للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وهذا لا يخدم مصلحة المريض نظرا لصعوبة إثبات هذه العناصر خاصة الخطأ الطبي، لذا كان على المشرع نقل هذا العبء إلى الطبيب تمسكا بنص المادة 323 من التقنين المدني الجزائري التي تنص "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه". فيكفي على المريض إثبات تعرضه للخطر بعد التدخل الطبي الذي تم دون رضاه، وعلى الطبيب إثبات أن تدخله تم بناء على إعلام شامل وإلاّ قامت مسؤوليته. أنظر: د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية...***، مرجع سابق، ص 351.

الفرع الثاني
فوات الفرصة عند نقص الإعلام

مادامت المعلومات المقدمة للمريض مرتبطة لا محالة بالقرار الطبي الذي سيتخذه، فهل يمكن اعتبار مجرد تقصير الطبيب في إعلام المريض بها، مع غياب أيّ خطإ فني أثناء تدخله الطبي أو الجراحي، على علاقة سببية مباشرة مع الضرر النهائي اللاحق بالمريض، والذي يتواجد في وضعية صحية تدلي تارة على الشك في القرار الذي سيتخذه (أوّلا)، وتارة أخرى، لا مجال للشك في القرار الذي سيتخذه لو تم إعلامه بشكل كامل (ثانيا).

أولا: حالة الشك بشأن قرار المريض

يتمثل الهدف الأساسي من التزام الطبيب بإعلام المريض في منح هذا الأخير حرية الاختيار، بعد الإفصاح له بمخاطر العلاج ومحاسنه والبدائل العلاجية المتوفرة، بين قبول أو رفض العلاج المقترح. وبثبوت الخطأ الطبي في نقص الإعلام، مع تفاقم الحالة الصحية للمريض بعد التدخل الطبي مقارنة مع حالته الصحية قبله، فإن الطبيب في هذه الحالة قد حرم المريض من إمكانية الاختيار بين رفض أو قبول ذلك التدخل، ويطلق عليها تسمية "*فوات فرصة رفض التدخل الطبي الضار*"[1].

يتمتع المريض في السير العادي للأمور، بفرصة الاعتراض عن التدخل الطبي، هذه الفرصة تجنبه الضرر المحتمل وقوعه، بحيث لو أعلمه الطبيب بمخاطر العلاج المقترح قد يرفض التدخل الطبي. لكنه ونظرا لهذه الوضعية، التي يطغى عليها صفة عدم التأكيد الشديد لموقف المريض، فإنه يصعب القول على وجه اليقين ما هو القرار الطبي الذي سوف يتخذه المريض لو أخذت بعين الاعتبار إرادته الحرة والمتبصرة[2].

لابد من الاعتراف أن نقص الإعلام ليس له علاقة سببية مباشرة مع الضرر النهائي، بمعنى أن الامتناع عن إعلام المريض باحتمال وقوع خطر من جراء التدخل

---

[1]- Stéphanie PORCHY, *Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient*, D., n°40 du 12 nov. 1998, rub. Chron, p 381.

[2]- *Ibid.*

الطبي المقترح ليس له أيّ دخل بالضرر اللاحق به جراء تحقق ذلك الخطر، لذا من الصعب القول بوجوب التعويض الكامل عنه، لعدم إمكانية تركيب علاقة سببية مباشرة بينهما[1].

نتيجة لذلك استعانت محكمة النقض الفرنسية بنظرية فوات الفرصة لتدارك السبب المشكوك فيها وتأسيس مسؤولية جزئية. فبعدما كان يعتبر نقص الإعلام السبب في كامل الضرر اللاحق بالمريض بموجب قرار "Teyssier" لسنة 1942، أصبح بموجب قرار 7 فيفري 1990 السبب في جزء فقط من الضرر النهائي إذ قرر أن " الطبيب الذي يقصّر في التزامه بتبصير المريض حول الآثار المحتملة للعلاج المقترح منه، قد حرم فقط المعني بالأمر من فرصة تجنب، بقرار أكثر حكمة، الخطر الذي تحقق فعلا في النهاية، وتفويت الفرصة يشكل ضررا مغايرا للأضرار الجسدية "[2].

كنتيجة لما سبق قوله، كان المريض يتمتع بفرصة رفض العملية الجراحية، وبالتالي تجنب الضرر الناتج عن تحقق مخاطرها، لذا يعتبر خطأ الطبيب المتمثل في "نقص الإعلام" هو "السبب القانوني" لضياع هذه الفرصة، وهو الأمر الذي يكون محلا للتعويض.

ولغرض استخلاص علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي، كان على القاضي إثبات أن المريض، لو تم إعلامه بصفة كاملة، لرفض حتما العملية الجراحية، وبالتالي تجنب الضرر. فالمسألة المطروحة هنا هي معرفة "درجة التأكيد الضرورية" لإثبات هذا الأمر[3].

وبتعبير آخر، البحث، حسب رأي الأستاذ "ميشال بونو"، عن الموقف المنطقي والعقلاني الذي سيتخذه المريض لو تلقى كل المعلومات الضرورية، وذلك بالاستناد إلى "المعيار المجرد للمريض العادي" ، والذي لا يختلف في الحقيقة عن "معيار الرجل المهني"

---

[1]- Nathalie ALBERET, *Obligation d'information médicale…*, *op. cit*, p 359.

[2]- Cass. Civ, 7 févr. 1990 : « Le praticien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé ». Cité in: *Ibid.*

[3]- Stéphanie PORCHY, *Lien causal, préjudices réparables…*, *op. cit*, p 383.

أو "معيار الرجل العادي"[1]، وذلك تناسبا مع طبيعة التدخل الطبي محل الإعلام. لذا لابد التميز بين حالتين هما:

الحالة الأولى: في مجال الطب الشفائي، الذي يعالج أمراضا تؤدي بصفة لا مفر منها إلى العجز أو الوفاة إذا امتنع الطبيب عن تقديم العلاج المناسب، بمعنى أن التدخل الطبي ضروري ولا غنى عنه. يفترض أن المريض وإن تم إعلامه بواقع حالته الصحية بشكل كامل، فإنه لن ينثني عن تحمل العملية، لأنّ هذه الوضعية لم تترك له حرية في الاختيار بين قبول أو رفض العلاج، لذا لا مجال للحديث عن فوات فرصة ناتجة عن نقص الإعلام، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 11 سبتمبر 1998[2].

إذا طرأت عن العملية الجراحية، التي لم يتم الإعلام بمخاطرها، ايجابيات على الحالة الصحية للمريض تفوق الآثار المترتبة عن تحقق أحد مخاطرها، فليس للمريض المطالبة بتعويض الضرر اللاحق به. هذا هو المنطق الذي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 1998 عندما قررت غياب أي ضرر مادام أن المريض، وبعد التدخل الجراحي، يعاني من " آلام قليلة بالمقارنة مع تلك المترتبة في حالة رفض القيام بالعملية الجراحية "[3].

الحالة الثانية: إذا كان التدخل الطبي غير ضروري، فإن الخلل في الإعلام يشكل السبب في كامل الضرر الذي أصاب المريض، لأن هذا الأخير لو تم إعلامه بشكل جيد، سيختار أن لا يعرض نفسه لمخاطر العمل الطبي[4].

---

[1]- Michel PENNEAU, *Le défaut d'information en médecine (Note sous CAA Angers, 11 sept 1998)*, D., n°3 du 21 janv. 1999, rub Juris, p 50.

[2]- *Ibid.*

[3]- Cass. 1ère Civ, 7 oct. 1998 (M.R c/ M et autre, bul civ n°287): « …De troubles scientifiques moindres que ceux découlant de la non-réalisation de l'opération chirurgicale ». Cité in: Nathalie ALBERET, *Obligation d'information médicale…*, *op. cit*, p 359.

[4]- د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية...***، مرجع سابق، ص 341. د. عدنان إبراهيم سرحان، ***مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي***، مداخلة في إطار المجموعة المختصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 2004، ص 188.

هذا التحليل لا يقدم فقط قرائن لإثبات العلاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي، بل يعبر في حقيقة الأمر عن نوع من " قرينة السببية " بين العنصرين، لأن الموقف الذي سيتخذه المريض أمرا مشكوكا فيه، إلاّ أنه يمكن افتراضه بالنظر إلى طبيعة التدخل الطبي. نعم افتراضه فقط ولا يمكن القول على وجه اليقين ما هو القرار الطبي الذي سيتخذه المريض لأن هذا القرار يتأثر، فضلا عن العامل الطبي، بعدة عوامل مادية ونفسية تتعلق بالمريض[1].

في حالة تصريح المريض مسبقا عن القرار الطبي الذي سيتخذه، كيف يستخلص القاضي رابطة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي؟.

ثانيا: حالة التأكيد بشأن قرار المريض:

لغرض فهم الحالة التي يصرح فيها المريض مسبقا عن القرار الطبي الذي سيتخذه لو تم إعلامه بشكل كامل، نتعرض إلى تحليل قضيي(كاراز)QUAREZ و(بيروش)PERRUCHE، أين ثبت فيهما خطأ الطبيب في تشخيص الحالة الصحية للجنين، وعدم إعلام الأم بإمكانية ولادته معوقا، مع العلم أنها عبرت مسبقا عن إرادتها في إجهاض الجنين إذا ثبت احتمال تحقق خطر الإعاقة.

تشترك إذن القضيتان في الوقائع وثبوت الخطأ الطبي في نقص الإعلام، إلاّ أن الحل الذي انتهى إليه كلا من القضائين العادي والإداري الفرنسيين يختلف، وهذا ما أثار نقاشا تشريعيا وفقهيا حادا.

قضية كاراز Quarez: السيدة Quarez حامل وفي عمرها 42 سنة مدركة بأن الحمل في هذا العمر قد يرتب مخاطر على صحتها وصحة الجنين، لذا قامت بإجراء تحليل طبي للسائل الرحمي[2] في المركز الإستشفائي الجهوي الواقع بمدينة " نيس Nice " الفرنسية، ظهرت النتيجة سلبية، أي غياب أية إشارة تدل على تواجد عيب وراثي[3]، وبعد 4 أشهر، أنجبت السيدة كاراز Quarez طفلا منغوليا تم تسميته "Mathieu"، فهو مصاب بمرض « Trisomie 21».

[1]- Stéphanie PORCHY, *Lien causal, préjudices réparables…*, *op. cit*, p 383.

[2]- *« Amniocentèse ».*

[3]- *« Anomalie génétique»* .

رفع الزوج "Quarez" دعوى أمام القضاء الإداري الفرنسي مطالبين بتعويض الضرر اللاحق بهما جراء الخلل في الإعلام، وتعويض الولاة المعوقة للطفل، انتهى مجلس الدولة الفرنسي بقراره الصادر بتاريخ 14 فيفري 1997 إلى التأكيد بوجود خطأ المستشفى الذي ترتب عنه ولادة الطفل معوقا، هذه الولادة تشكل ضررا لابد من تعويض الأولياء عنها. وفي المقابل، رفض تعويض الطفل، بحجة أن الخطأ الطبي ليس السبب في إصابته بالإعاقة[1].

إن خطأ المستشفى، نقص الإعلام، منع الأم من حقها في قطع الحمل ضمن المهلة المحددة قانونا، وهو ما كان السبب في ولادة الطفل، ولكن نقص الإعلام لم يكن له أيّ دور في تسبيب الإعاقة للطفل.

***قضية بيروش**Perruche*: للسيدة "Perruche" طفلة، انتقل إليها مرض الحصبة الألمانية « La rubéole » لما كان في عمرها 4 سنوات، وبعد فترة ظهرت أعراض هذا المرض على الأم التي يحتمل كونها حاملا، فلجأت إلى الطبيب الذي أكد لها الوضع (الحمل)، وطلب منها إجراء تحاليل مخبرية للبحث عن مضادات المرض[2].

نظرا لتناقض نتيجتي التحليلين اللذين أجرتهما، اضطر المخبر نفسه إلى إجراء تحليل ثالث يطلق علية ب" تحليل المراقبة "[3]، ظهرت فيه نتيجة ايجابية ووجود نسبة 1/6 من مضادات المرض، مما يدل على أن السيدة بيروش "Perruche" محصنة ضد هذا المرض فليس هناك احتمال تحقق خطر إعاقة الجنين، وبالتالي لا داعي لإسقاط حملها.

وبعد 8 أشهر أنجبت ولد مصابا بإعاقة جسيمة« syndrome de gregg » نتجت عن الحصبة الألمانية الوراثية، انتقلت إليه أثناء فترة الحمل [4].

رفع الزوج بيروش "Perruche" دعوى ضد الطبيب المعالج والمختبر مطالبين بتعويض الضرر اللاحق بهما، وتعويض ولادة الطفل المعوق.

---

[1]- Servane CARPI, *Regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarrez du conseil d'états et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation)*, L.P.A, n° 114, 8 juin 2001, p 12.

[2]- *«Anticorps rubéoleux ».*

[3] - *« Analyse de control ».*

[4]- Servane CARPI, *Regards sur la causalité…*, *op. cit*, p 12.

انتهت القضية بإصدار قرار من الغرف المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 نوفمبر 2000 الذي اعترف للمولود بحق رفع دعوى مستقلة عن دعوى والديه، وذلك بهدف تعويض إعاقته التي نسبت للأخطاء الطبية.

تعرض القضاء الفرنسي بصدد قضيتي Quarez و Perruche إلى مسألة كيفية تبرير توافر علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي من أجل منح تعويض للضرر اللاحق بالأولياء وللضرر اللاحق بالطفل المعوّق.

1- بالنسبة لتعويض ضرر الأولياء:

يبدأ عبء الأولياء من لحظة الولادة، لكن هذه الأخيرة ليست سببا في إحداث الضرر المادي والمعنوي اللاحق بها، فهي بمثابة عامل يثير هذا الضرر لا أكثر[1]. وعند البحث عن العامل السابق لهذه الولادة، نجد الامتناع عن إسقاط الجنين المترتب عن الخلل في الإعلام، فيكون هذا الأخير هو السبب في العبء الثقيل الذي يجبر الأولياء على تحمله طوال حياة الطفل، وذلك متى استكمل خصائص السبب المنتج، باعتباره سابقا عن الولادة، وضروري بحيث لولاه للجأت الأم إلى إسقاط الجنين، وترتبت عنه في النهاية ولادة طفل مصاب بإعاقة[2].

بهذه الطريقة التي انتهجها كلا من القضائين العادي والإداري الفرنسيين تم تكوين رابطة السببية لتعويض الزوجان بيروش Perruche وكاراز Quarez عن الأضرار اللاحقة بهما نظرا للإعاقة التي أصيب بها كلا من Nicolas. Perruche و Mathieu . Quarez.

كما اتفق القضاءان على تعويض نوع من الضرر المعنوي، الذي يكون مرتبطا بالخطأ الطبي في الإعلام، وهو حرمان الأم من ممارسة حقها في إسقاط الجنين، أي فوات فرصة تجنب ضرر الإعاقة.

إن القرار الطبي الذي ستتخذه الأم اتجاه حملها كان مرتبطا لا محالة بتشخيص الطبيب للحالة الصحية التي يتواجد فيها الجنين. ونظرا للخطأ المرتكب في هذا الإطار،

[1]- تعتبر الولادة سببا فعّالا للضرر المادي والمعنوي اللاحق بالأم متى كانت نتيجة مباشرة للخطأ الطبي، وهذا ما قرره القضاء الفرنسي في قضية « PICARD » أين امتنع الطبيب عن إعلام الأم عن فشل عملية الإجهاض، مما أدى إلى الولادة، ومنح القضاء، بالقرار الصادر في 25 جوان 1991، للأم تعويضا عن هذه الولادة. أنظر:
Muriel FABRE-MARGAN, *Avortement et responsabilité médicale*, R.T.D.Civ, n°2, 2001, p 305.

[2]- Servane CARPI, *Regards sur la causalité*..., *op. cit*, pp 16 et 17.

زرع في نفسية الأولياء اطمئنان بشأن الحالة الصحية الجيدة للجنين، كما أن الطبيب لم يلفت انتباه الأم إلى احتمالات عدم دقة عمليات تشخيص الجنين، وكذا التحاليل المخبرية للسائل الرحمي، مما دفع الأم إلى الامتناع عن ممارسة حقها في إجهاض الجنين، بما يسمح به القانون الفرنسي الصادر لسنة 1975م[1].

هذا الخلل في الإعلام هو الذي يشكل في حدّ ذاته خطأ وليس نتائج التحاليل الخاطئة، ما دام أن الطبيب ملزم فقط ببذل عناية[2]، وأن الأم كان بإمكانها أن تقطع حملها إراديا لو تم إعلامها بشكل واضح عن حالة طفلها، الأمر الذي كان من شأنه أن يجنّب الأهل تحمل الضرر[3].

لا يتم التعويض عن فوات فرصة ممارسة حرية الإجهاض بصفة تلقائية، بل يتم بعد التأكد، فضلا عن تعبير الأم مسبقا عن إرادتها في إسقاط الجنين لو يحتمل ولادته معوقا، من توافر الشروط القانونية التي تسمح بممارسة هذا الحق بما فيها " وجود احتمال قوي للإعاقة لدى الجنين " يثبت من طرف " طبيبين متخصصين "[4].

2- بالنسبة لضرر الولادة المعاقة:

استبعد القضاء الإداري الفرنسي في قضية كاراز Quarez، بموجب القرار الصادر في 14 فيفري 1997، فكرة التعويض عن ضرر الولادة المعاقة، وأكد أن الإعاقة التي يجد الطفل نفسه مجبرا على تحملها طوال حياته سببها الوحيد هو المرض في حدّ ذاته،

---

[1]- Virginie BONNINGUES, *Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale*, D.E.A en Droit Privé, Université LILLE II, Paris, 2000 et 2001, p 58 et 59.

[2]- د. عدنان إبراهيم سرحان، ***مسؤولية الطبيب المهنية...***، مرجع سابق، ص 187.

[3]- علي عصام غضن، ***الخطأ الطبي***، مرجع سابق، ص 206.

[4]- Muriel FABRE-MARGAN, *Avortement et responsabilité*..., *op. cit*, p 313.

تجدر الإشارة إلى أن هذا النهج القضائي، القاضي بإسقاط الجنين كلما وجد احتمال ولادته معوّقا، يؤدي إلى تطبيق نظام تحسين النسل« Eugénisme » ، أي الاختيار بين الأشخاص التي يسمح لهم بالعيش من عدمهم، مع العلم أن المشرع الفرنسي، وبموجب صدور القانون الخاص بالجسم البشري وتعديل القانون المدني الفرنسي سنة 1994 في مادته 4/16، منع كل أشكال هذه الممارسة. لكن لا نلقي اللوم على القضاء بل على المشرع الذي أجاز طوال 25 سنة هذه الممارسة بموجب قانون يسمح بالإجهاض الإرادي أو العلاجي للحمل الصادر سنة 1975. أنظر:

Michelle GOBERT, *La cour de cassation méritait-elle le pilori ? (A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000)*, L.P.A, n°245, 8 déc. 2000, p 7.

ولا دخل للخطأ الطبي في وقوعه، لأنّه وبمفهوم المخالفة، لو لم يرتكب الخطأ الطبي لما أمكن تقديم علاج للجنين داخل رحم أمه حتى يتجنب الإعاقة[1].

أما القضاء العادي الفرنسي فقد قرر عكس ذلك، واعتبر الأخطاء الطبية بما فيها عدم إعلام الأهل عن المخاطر التي قد يعاني منها الطفل، تكون كافية لطلب التعويض عن إعاقته، وذلك بدعوى مستقلة عن دعوى الأولياء[2].

هذا التوجه القضائي لا تعتبر فقط توجها خارقا للعادة، بل بمثابة حل همجي وغير منطقيّ، لأنه يستغل الصفة المبهمة لعلاقة السببية للتلاعب بها حتى يخرج بأيّ حل كان، دون أن يتنبه لنتائجه[3]، بما فيها تشجيع الأطباء، في كل حالة يوجد فيها شك بسيط حول الحالة الصحية للجنين، إلى نصح الأم على الإجهاض تهربا لدعوى التعويض التي قد يرفعها الطفل المصاب بإعاقة.

---

[1]- Virginie BONNINGUES, *Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale* , *op. cit*, p 57. Voir not : Servane CAPRI, *Regards sur la causalité*..., *op. cit*, p 18.

[2]- علي عصام غصن، ***الخطأ الطبي***، مرجع سابق، ص 209.

[3]- Michelle COBERT, *La cour de cassation*..., *op. cit*, p 4 et 5.

المبحث الثاني

الاستعانة بفوات الفرصة عند تلاشي رابطة السببية

تسمح نظرية فوات الفرصة بمنح تعويض للمريض رغم تلاشي رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي، خاصة في مجال الالتزام بالإعلام، لأن القضاء الفرنسي يعتبر مجرد الإخلال به بمثابة ضرر لابد من تعويضه. لكن في حالة غياب الخطأ الطبي، وأمام بروز ضرر مرتبط لا محالة بالتدخل الطبي، قرر القضاء الفرنسي تجسيد نظام المسؤولية دون خطأ **(المطلب الأوّل)**.

يكون لجوء القاضي إلى إخفاء تلاشي رابطة السببية عن طريق نظرية فوات الفرصة، مقبولا عندما تهدف المسؤولية إلى منح مقدار مالي للضحية أو ورثتها. هذا الأمر يكون مرفوضا كأساس لتقرير المسؤولية الجزائية للطبيب، لأن مضمون نظرية فوات الفرصة يتعارض والمبادئ التي استقر عليها القضاء الجزائي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

تلاشي رابطة السببية في المسؤولية الخطئية دون المسؤولية غير الخطئية

كرس قرار مرسيي لسنة 1936[1] مبدأ عاما مفاده عدم وجوب مساءلة الطبيب إلاّ على أساس خطأ ثابت، ولكن القضاء الفرنسي يحمل الطبيب المسؤولية إثر وقوع غرر علاجي، وذلك بالاستناد إلى فوات الفرصة كحيلة عند ثبوت أيّ خلل في تنفيذ التزامه بإعلام المريض حول إمكانية وقوع مثل ذلك الغرر **(الفرع الأول)**.

[1] - Arrêt ***Mercier***, Cass. Civ. 1ère ch, 20 mai 1936 : « Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement de donner des soins attentifs, consciencieux et, sous réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ». Cité in : Centre de Documentation Multimédia en Droit Médical, voir sur : www.droit.univ-paris5.fr/cddm/index.php

أما في حالة انعدام الخطأ، ونظرا لاستحالة تبرير فكرة فوات الفرصة في بعض التدخلات الطبية المحمّلة بمخاطر معتبرة على المرضى، أقام القضاء نظام المسؤولية غير الخطئية من أجل ضمان حماية فعّالة لحقوق هذه الفئة من المرضى (**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

فوات الفرصة وسيلة لتعويض الغرر العلاجي

أثارت كل من مسألتي تعريف الغرر العلاجي **(أوّلا)** وتعويضه **(ثانيا)** نقاشا أمام الفقه والقضاء الفرنسيين، خاصة عندما أدرجت نظرية فوات الفرصة كوسيلة لتعويض الضرر الناتج عن تحقق الغرر العلاجي تعويضا جزئيا.

أوّلا: تعريف الغرر العلاجي:

عرّف الغرر العلاجي على أنّه " الضرر الفجائي الذي يرتبط بعلاقة سببية مباشرة مع التدخل الطبي، إلاّ أنّه مستقل تماما عن الخطأ الطبي"[1].

عرف مجلس الدولة الفرنسي الغرر العلاجي، وبعد صدور القرارين الشهيرين BIANCHI[2] وIMBERT d'ARLES[3]، على النحو التالي:" نسبة الخطر التي تصاحب العمل الطبي

---

[1]- Etienne GOUESSE, *Consentement, aléa thérapeutique*..., *op. cit*, p 8.

[2]- تتلخص وقائع القضية أن السيد Bianchi كان يعاني من اضطرابات صحية (هبوط في ضغط الدم، نوبات الدوخة وفقدان التوازن...) فخضع في المستشفى لفحوصات عادية(أشعة مقطعية و أشعة على الشريان الفقري). بعد إفاقته من التخدير تبين إصابته بشلل تام وهو ما لم يكن بالتطور العادي لحالته الأصلية بالرغم من سوءها مما دفعه إلى رفع دعوى قضائية مطالبا المستشفى بالتعويض، لكن المحكمة رفضت الدعوى لانتفاء خطإ من جانب المستشفى. انتهى مجلس الدولة الفرنسي بمنح تعويض للسيد Bianchi على أساس قواعد المسؤولية دون خطأ لغيابه أثناء تنفيذ للعمل الطبي. أنظر بالتفصيل: د. محمد فؤاد عبد الباسط، ***تراجع فكرة "الخطأ" أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)***، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 126 و127.

[3]- تتلخص وقائع القضية أن طفلا صغيرا عمره 5 سنوات، يدعى " جمال محرز " أدخل إلى المستشفى "Joseph imbert d'Arles لإجراء عملية ختان. وأثناء العملية دخل الطفل في النوم السباتي Coma لمدة عام كامل. وفجأة تعرض لأزمة قلبية أودت بحياته رغم أنه لم يكن يعاني من مشاكل صحية، وأن الأزمة القلبية غير متوقعة بالنظر لحالته عند بداية العملية الجراحية، كما أن الفحوصات السابقة له كانت طبيعية. فاعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 3 نوفمبر 1993 أن الطفل بمجرد دخوله إلى المستشفى فهو تحت مسؤولية المرفق العام،(=)

اللازم للعلاج أو للتشخيص، والتي يكون وجودها معروفا، غير أنّ تحققها يعتبر أمرا استثنائيا، ولا صلة لها بحالة المريض الأولى ولا يمكن اعتبارها تطوّرا متوقعا لها، ويتخلف عنها ضرر ذو خطورة استثنائية "[1].

لابد أن يتضمن كل خطر طبي عنصرين هامين، هما:

-غياب علاقة بين الخطر الطبي والحالة الصحية الأوّلية للمريض.

-غياب علاقة بين الخطر الطبي والتطوّر المتوقع للحالة الصحية للمريض[2].

يشير الأستاذ لارومي "LAROUMET" إلى عدم المزج بين الغرر العلاجي « L'ALEA THERAPEUTIQHE » والحادث الطبي « L'ACCIDENT MEDICAL » الذي قد يكون نتيجة لارتكاب الطبيب لخطإ طبي، مما يرتب مسؤوليته على أساس الخطأ[3]. لذلك يستعمل بعض المؤلفين عبارة الحادث الطبي خارج نطاق الخطأ للدلالة على الغرر الطبي.

ويجب التفرقة بين الغرر الطبي وعدم فعّالية العلاج أو إخفاق العلاج أو عدم إحداث العلاج أثره المتوقع، والذي يقصد به "عدم تحقق النتيجة المرجوة من مباشرة التدخل الطبي لسبب أو لآخر"[4]، أو " الأضرار التي تعتبر نتائج مباشرة وحتمية للتدخل الطبي، حتى ولو كانت هذه الأضرار غير عادية أو استثنائية "، كتلك الآثار الجانبية التي تقع بمناسبة التخدير، متى كان ذلك ناشئا عن خرق من الطبيب لأصول عمله، مما يرتب مسؤوليته على أساس الخطأ الثابت[5].

إن الإشكال الحقيقي عند حدوث غرر علاجي، هو كيفية تعويض المتضرر عنه، لأن الأمر يتعلق بضرر ناتج خارج إطار الخطأ الطبي. فلا يمكن تقرير مسؤولية الطبيب

(=)ويسأل هذا الأخير عن الأضرار اللاحقة به دون إقامة الدليل على وجود خطأ طبي. أنظر: عصام علي غضن، ***الخطأ الطبي***، مرجع سابق، ص 135 و136.

[1]- نقلا عن: د. ثروت عبد الحميد، ***تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)***، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 15 و 16.

[2]- Michel PENNEAU, *Le défaut d'information en médecine*..., *op. cit*, p 50.

[3]- Christian LAROUMET, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, D., n°4 du 28 janv. 1999, rub. Chron, p 34 et 35.

[4]- د. ثروت عبد الحميد، ***تعويض الحوادث الطبية...***، مرجع سابق، ص 22.

[5]- د. أشرف جابر، ***التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء***، مرجع سابق، ص 132.

عن ضرر لم يتسبب في حدوثه. وإذا تم مساءلة الطبيب عن ذلك الضرر، فعلى أيّ أساس يستند هذا التعويض؟. كما أنه من غير العدل والإنصاف ترك المتضرر دون تعويض أمام الآلام التي يعاني منها، زيادة على تلك التي سببها المرض، بسبب وقوع الغرر العلاجي.

ثانيا: تعويض القضاء الفرنسي للغرر العلاجي

عرف تعويض القضاء الفرنسي للغرر العلاجي مرحلتين مختلفتين، الأولى قبل صدور قانون 4 مارس 2002 (1)، والثانية بعد صدوره (2).

1-تعويض الغرر العلاجي قبل صدور قانون 4 مارس 2002

تصدى كلا من القضاءين الإداري والعادي إلى مسألة تعويض الأضرار الناتجة عن حدوث الغرر الطبي، لكن بطريقة مغايرة.

قبل مجلس الدولة الفرنسي تعويض المرضى المنتفعين من خدمات المرافق الصحية العامة عن الأضرار اللاحقة بهم جراء وقوع تداعيات طبية ابتداء من قضية بيونشيBIANCHI لسنة 1993، وذلك متى توافرت الشروط التالية:

1- أن يكون التدخل الطبي ضروريا للتشخيص أو للعلاج.

2- أن يكون للتدخل الطبي مخاطر متوقعة لكن لا تحدث إلاّ بصفة استثنائية.

3- أن لا يكون للاستعداد المرضي للشخص الخاضع للعلاج أو للتشخيص أيّ دخل في إحداث الخطر الطبي، وإلاّ اعتبر سببا لنفي المسؤولية.

4- أن يكون الضرر اللاحق بالمريض هو نتيجة مباشرة للخطر الطبي، ومستقلا تماما عن حالته الصحية التي يعاني منها، وبمعنى آخر، أن يكون الضرر جديدا.

5- أن يكون الضرر مستقلا عن الخطأ الطبي المرتكب أثناء التدخل الطبي، وإلاّ قامت المسؤولية على أساس الخطأ الثابت[1].

6- أن يكون الضرر الواقع ضررا جسيما. إذ لا يكفي أن يكون الضرر هاما وجديا بل، لا بد أن يصل إلى درجة قصوى من الخطورة[2]، وهو الدافع للأخذ بالمسؤولية الموضوعية، لأن ترك هذه الأضرار الجسيمة بدون تعويض يعني الإخلال بمبدأ المساواة

---

[1]- Christian LAROUMET, *L'indemnisation de l'aléa ..., op. cit*, p 34.

[2]- د. محمد فؤاد عبد الباسط، ***تراجع فكرة الخطأ...***، مرجع سابق، ص 153.

أمام الأعباء العامة مادام أنها أضرار ناتجة مباشرة عن الاتصال بمرافق صحية عامة[1]. إلاّ أن هذا الشرط منتقد كونه يخالف المبادئ القانونية السائدة لتعويض الضرر، وليس له أية صلة مع مفهوم الغرر الطبي[2].

إذا كان النقص في الإعلام يعطي للمريض الحق بالمطالبة بتعويض جزئي على أساس فوات فرصة رفض التدخل الطبي متى ثبت ذلك الخلل[3]، فإن للمريض بديل عن ذلك، إذ يمكنه إثارة مسؤولية المستشفى على أساس نظرية المخاطر دون حاجة لإثبات أيّ خطأ، وله بالتالي الاستفادة من قيمة أعلى في تعويض الأضرار اللاحقة به.

عند المقارنة بين قضيتي " Bianchi وTelle[4] " لسنتي 1993 و2000 على التوالي، فإن المريض في كلتيهما كان ضحية خطر طبي، أي توافرت كل الشروط القانونية لطلب التعويض عن التداعيات الطبية، إلاّ أنّه، في الأولى استفاد بقيمة تعويض قدره 1.5مليون فرنك فرنسي، أما في الثانية فقد منح له القضاء تعويضا جزئيا فقط، لأنه أقام دعواه على أساس فوات الفرصة[5]. هكذا تنشأ رابطة بين الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية، أي المسؤولية على أساس الخطأ أو المخاطر، وبين الخطر الطبي وإعلام المريض[6].

أما محكمة النقض الفرنسية، فإنها ترفض بتاتا إثارة مسؤولية الطبيب خارج نطاق الخطأ[7]، وتتمسك دائما بما جاء به قرار مرسيي لسنة 1936، وتبقي التزام الطبيب التزاما

---

[1]- د. ثروت عبد الحميد، ***تعويض الحوادث الطبية...***، مرجع سابق، ص 85.

[2]- Christian LAROUMET, *L'indemnisation de l'aléa…*, *op. cit*, p 34.

[3]- Voir *supra*, pp 42 _ 45.

[4]- خضع السيد Telle لعملية جراحية هدفها سد شريان مشوه باستعمال الجراح محجاج Micro-cathéter، والذي تكسر فجأة أثناء إدخاله في الشريان الدماغي، مما أدى إلى إصابة المريض بفقر دموي وأستتبع بإعاقة على مستوى اليد والرجل الأيسر، وهو ما يشكل حادث طبي نادر الوقوع. وقد أكد الخبير على غياب أي خطأ فني، وأن العملية تمت وفقا لأصول المهنة، ولكن المريض لم يعلم بإمكانية وقوع مثل ذلك الخطر. أنظر في تفصيل ذلك:
CE, sect., 5 janv. 2000, Consort Telle, rêq. n°181899, R.F.D.A, rub. Resp, n°2, 2000, pp 473 et 474.

[5]- Sanaa MARZOUG, *L'obligation d'information…*, *op. cit*, p 61 et 62.

[6]- Stéphanie PORCHY, *Lien causal, préjudices réparables …*, *op. cit*, p 384.

[7] -Jean PENNEAU, *Un médecin n'est pas contractuellement tenu de réparer les conséquences de l'aléa thérapeutique*, D., n°38 du 01 nov. 2001, p 3083.

ببذل عناية اتجاه المريض الذي تربطه به علاقة عقدية، ولا يمكنه مساءلة الطبيب إلاّ بإثبات خطأ طبي بجانبه.

من أجل الإبقاء على الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب وتسهيل حصول المريض على التعويض لتغطية الخطر الطبي، قام القضاء الفرنسي بنقل عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب، وألزم هذا الأخير بتمديد المعلومات التي يقدمها لمريضه لتشمل حتى المخاطر الاستثنائية التي تحمل آثارا وخيمة.

وعند تحليل القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 أكتوبر 1998[1]، نجد أنّ الضرر الذي لحق بالمريض ليس له أية علاقة بالخطأ الطبي المتعلق بعدم إعلام المريض بإمكانية وقوع خطر استثنائي، ومستقل كذلك عن الاستعداد المرضي للشخص. لذا قررت تعويض الغرر العلاجي دون المساس بما جاء به قرار مرسيي لسنة 1936 [2].

وبتعبير آخر، استعان قضاء النقض الفرنسي بنظرية فوات الفرصة من أجل ضمان تعويض ضحايا الغرر العلاجي بصفة غير مباشرة، وذلك في شكل تعويض جزئي يغطي فقط الضرر المتمثل في فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة أو الحصول على نتائج أفضل أو رفض التدخل الطبي[3].

انطوت على الضرر الذي تعرض له المريض خصائص الغرر الطبي، فلو تلقى المريض العلاج أمام مؤسسة صحية عمومية، لاستفاد من تعويض كلي على أساس المسؤولية دون خطأ. لكنه تلقى العلاج من طبيب يعمل لحسابه الخاص، ونظرا لانعدام

---

[1]- إثر سقوط السيدة (ا)، أصيبت بكسر على مستوى الحلقة الثانية من عمودها الفقري، فأجريت لها عملية جراحية لزرع تركيب اصطناعي greffe vertébrale. وبعد ساعات أحست باضطرابات في الرؤية بعينها اليسرى أدت إلى فقدان بصرها، وهو خطر استثنائي إلى حدّ بعيد لا علاقة له بحالتها المرضية، مع غياب أي خطأ طبي أثناء العملية الجراحية. راجع مجمل القرار في: Cass. 1ère Civ, 7 oct. 1998, Mme Castagnet c/ Clinique du Parc Et Autres, n° 97-10267. Voir sur: www.légifrance.gouv.fr

[2]- Etienne GOUESSE, *Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation*, L.P.A, n°17, 25 janv. 2000, p 11.

[3]- Anne-Marie ROMANI, *L'indemnisation de l'accident médical (Du domaine réservé de l'obligation de sécurité de résultat)*, L.P.A, n°106, 29 mai 2001, p 6.

نظام تعويض ضحايا التداعيات الطبية في إطار القطاع الخاص، استعان القاضي بنظرية فوات الفرصة أي " فوات فرصة على المريض في ممارسة حقه في الاختيار بين التعرض للتدخل الطبي أو رفضه "، وربطها بالنقص في الإعلام. مع العلم أن هذا الأخير لا تربطه بتاتا بالضرر النهائي علاقة سببية.

في وضعية الحادث الطبي، خارج نطاق الخطأ الطبي، تمسكت محكمة النقض بمسؤولية الطبيب لأنه أخل بالتزامه بإعلام المريض حول إمكانية وقوع خطر استثنائي، لا يمكن تفسير هذا الموقف، حسب الأستاذ " قوواس Gouesse"، إلاّ بتوجه إرادة القضاء إلى توسيع حالات التعويض عن الغرر الطبي، دون المساس أو التعديل من التزام الطبيب ببذل عناية الذي تقوم عليه العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض، وهذا ما يعكس الأهمية البالغة التي يكنّها القضاء للالتزام بالإعلام[1].

بواسطة نظرية فوات الفرصة في مجال الإعلام، تم الانتقال من تعويض تدهور الحالة الصحية للمريض إلى تعويض ضرر آخر جديد ليس له أية علاقة بالحالة الصحية الأصلية للمريض، بل يعتبر نتيجة مباشرة للتدخل الطبي[2].

لكن هذه النظرية لا تطبق في كل الحالات التي يلحق بالمريض ضرر من جراء وقوع حادث طبي للأسباب التالية:

إن الطبيب لا يمارس العمل الطبي إلاّ بعد الموازنة بين محاسنه ومخاطره المحتملة الوقوع، فهو يضع نفسه بمكانة المريض العادي الذي يتخذ القرار الطبي الصائب، لذا تكون فوات الفرصة متغيرة ونسبية ولا ينتج عنها إلاّ تعويضا جزئيا. فضلا عن أن تعويض القاضي للغرر الطبي عن طريق فوات فرصة لا يكون صحيحا من الناحية القانونية إلاّ في حالة كون التدخل الطبي غير ضروري لحالة المريض الصحية[3] .

---

[1]- Etienne GOUESSE, *Consentement, aléa thérapeutique…*, *op. cit*, p 10.

[2]- Isabelle SOUPLET, *La perte de chance en droit…*, *op. cit*, p 35.

[3]- Etienne GOUESSE, *Réflexions sur l'aléa thérapeutique…*, *op. cit*, p 12.

كما أنّ لجوء الطبيب إلى الكتابة، التي تثبت قبول المريض لكل مخاطر العلاج بعد تلقيه لكل المعلومات، يضع حدا لحيلة القاضي العادي والمتمثلة في الاستعانة بنظرية فوات فرصة لتبرير التعويض الجزئي للحادثة الطبية. فهو يجد نفسه مجبرا على البحث عن وسيلة قانونية أخرى لتبرير التعويض عن الحوادث الطبية[1].

بالإضافة إلى ذلك، عند لجوء المريض إلى الطب، يفترض رضاه المسبق، وبطريقة غير مباشرة، بمخاطر التدخل الطبي، مادام أنه على علم بأن الطب ليس بالعلوم الدقيقة أو أنه غير خال من كل غرر. لذا فإن الأمر الوحيد الذي يمكن أن يعترض عليه، هو الضرر المترتب عن الخطأ الطبي الثابت لا أكثر من ذلك[2]. وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية بصدد قضية " Communauté urbaine de Lyon" في25 فيفري 1997، لما استبعدت مسؤولية الطبيب عن الضرر اللاحق بالمريض واعتبرته من قبيل الاحتمال الذي يهيمن كل عمل طبي[3].

وفي نفس الوقت، ولغرض تبرير التعويض عن التداعيات الطبية، كان القضاء العادي يأخذ بالحل الذي اقترحه جانب من الفقه[4]، وهو إسناد التزام آخر للطبيب، بجانب التزامه الأصلي ببذل عناية، وهو التزام بضمان سلامة المريض.[5]

يقيم الالتزام بضمان سلامة المريض، بصفته التزاما محله تحقيق نتيجة، نوعا من المسؤولية الموضوعية للطبيب بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة دون حاجة لإثبات الخطأ، وذلك متى ثبتت علاقة سببية مباشرة بين الحادث الطبي ومباشرة النشاط. فلا يحق

---

[1]- Etienne GOUESSE, *Consentement, aléa thérapeutique*..., *op. cit*, p 11.

[2]- Christian LAROUMET, *L'indemnisation de l'aléa* ..., *op. cit*, p 36.

[3]- قررت محكمة لنقض الفرنسية عكس ذلك في قضية" Franchot" بتاريخ 7 أفريل 1997، إذ ألزمت الجراح بتعويض الضرر الناتج عن وقوع خطر استثنائي خارج نطاق الخطأ الطبي. ومادام أن الضرر هو نتيجة للتدخل الجراحي فهذا يكفي لقيام مسؤوليته. أنظر في تفصيل وقائع قضيتي (Franchot و Communauté urbaine de Lyon) في : د. أشرف جابر، ***التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء***، مرجع سابق، ص ص 125_ 130.

[4]- سارقوSARGOS ، فيني VINEY ، جوردا JOURDAIN .

[5]- Etienne GOUESSE, *Réflexions sur l'aléa* ..., *op. cit*, p 13.

للمريض أن يشترط الشفاء أو نجاح العلاج، لكن يمكنه أن يشترط على الطبيب، عدم إلحاقه علّة أخرى جديدة إلى جانب العلّة التي يعاني منها[1].

إن الحكم الصادر عن محكمة باريس بتاريخ 20 أكتوبر1997 يعكس ذلك، فقد اعتبر القاضي الجراح مسؤولا، خارج نطاق الخطأ، عن الآثار الضارة التي رتبتها العملية الجراحية، وكان مضمون القرار كالتالي: " إذا كان العقد الطبي المبرم بين المريض والطبيب يضع على عاتق هذا الأخير كأصل عام التزاما ببذل عناية، فهو كذلك يلتزم بضمان سلامة المريض، لذا كان عليه تعويض الضرر اللاحق به بمناسبة التدخل الجراحي الضروري للعلاج، متى كان الضرر غير متوقع وليس ناتجا عن أيّ خطإ وبعلاقة مباشرة مع العمل الطبي وليس متعلق بالتطور المتوقع لحالة المريض الصحية..."[2].

لم يشترط هذا الحكم، والذي أيدته محكمة استئناف باريس بقرارها الصادر في 15 جانفي1999، أن يكون الضرر اللاحق بالمريض على درجة من الجسامة، وهذا عكس مجلس الدولة في قضية "بيونشي". كما أخذ فقط بعين الاعتبار التدخل الجراحي الضروري للعلاج دون ذلك التدخل الضروري للتشخيص، والذي اشترطه القاضي الإداري[3].

يعتبر تطبيق هذا الحل منتقدا قانونا للأسباب التالية:

- إذا وضع على عاتق الطبيب التزاما بضمان سلامة المريض، فإنه يلتزم بضمان عدم وقوع له أيّ خطر بفعل تدخله الطبي، وهذا أمر مستحيل مادام أن الطبيب لا يمكنه

---

[1]- د. ثروت عبد الحميد، ***تعويض الحوادث الطبية...***، مرجع سابق، ص 134 و135.

[2]- Trib. Gr. Inst. Paris, 1ère Ch., 20 oct. 1997 : « Si la nature du contrat qui se forme entre le chirurgien et son client ne met en principe à la charge du praticien qu'une obligation de moyens, celui-ci est néanmoins tenu, sur le fondement d'une obligation de sécurité, de réparer le dommage causé à son patient à l'occasion d'un acte chirurgical nécessaire à son traitement chaque fois que ce dommage totalement imprévisible et non imputable à une faute de maladresse ou d'imprudence est en relation direct avec l'intervention pratiquée et sans rapport avec l'état antérieur du patient…les experts, sans retenir l'existence d'une maladresse fautive imputable au docteur S., ont retenus l'existence d'un lien de causalité direct entre la disjonction osseuse pratiquée et l'accident vasculaire à l'origine de la cécité… ». Cité in: Etienne GOUESSE, *Réflexions sur l'aléa…*, *op. cit*, p 14.

[3]- *Ibid*, p 15.

التحكم في مثل هذه الأمور، عكس السائق أو المنتج الذي يعتبر حقيقة منشئا للمخاطر بالنسبة للغير، هذه المخاطر التي يتعين عليه أن يتحمل آثارها. أما الطب فهو يبقى علما متغيرا يصعب التحكم فيه بدقة[1].

يستثنى من ذلك، التدخل الطبي الذي يغلب فيه اليقين ويقل فيه الاحتمال حول النتيجة المرجوة منه (التحاليل الطبية، وتزويد السوائل والمركبات الدموية، والأجهزة والتركيبات الصناعية المتعلقة بالأسنان...). فهي تدخلات طبية يغلب فيها الالتزام بضمان سلامة المريض عن الالتزام الأصلي للطبيب ببذل عناية، ويكفي إثبات أن الضرر اللاحق بالمريض ناتج مثلا عن الأجهزة المستعملة أثناء التدخل الطبي لإقامة مسؤولية الطبيب كونه يلتزم قبل كل شيء بضمان سلامتها والتأكد من خلوها من أيّ عيب[2] .

- إن تواجد المسؤولية الموضوعية للطبيب بجانب مسؤوليته الخطيئة لا يدعمه أيّ سند قانوني، لأن التطبيق المتكرر للمسؤولية الموضوعية يؤدي بالضرورة إلى محو المسؤولية الطبية المبنية على أساس الخطأ، ولا داعي لإثبات هذا الأخير مادام أن المسؤولية قائمة بمجرد وقوع الضرر[3].

- رغم تنفيذ الطبيب لالتزامه بالإعلام على أحسن وجه، إلاّ أنه لا يمكنه أن يضمن للمريض عدم وقوع الخطر. مع العلم أن المريض قد عبر عن إرادته في قبول العلاج المقترح أي رضي بمخاطره، لذا لم يأخذ القاضي العادي بعين الاعتبار الرضا المتبصر للمريض عند إقراره لمسؤولية الطبيب على أساس إخلاله بضمان السلامة. ومن المشروع التساؤل كذلك حول مدى أهمية الإعلام، الذي طالما قرر القضاء واجب التزام الطبيب به بصفة كاملة، نظرا للنتائج المترتبة عن تطبيق الالتزام بضمان السلامة لتعويض الغرر الطبي[4].

---

[1]- Christian LAROUMET, *L'indemnisation de l'aléa…, op. cit*, p 36 et 37.

[2]- Anne-Marie ROMANI, *L'indemnisation de l'accident médical…, op. cit*, p 8.

[3]- Christian LAROUMET, *L'indemnisation de l'aléa…, op. cit*, p 37.

[4]- Etienne GOUESSE, *Réflexions sur l'aléa…, op. cit*, p 16.

بمناسبة الطعن في القرار الصادر عن محكمة استئناف "بوردو" بتاريخ 14 ديسمبر 1998، والذي أقر مسؤولية الطبيب على أساس إخلاله بالالتزام بضمان السلامة لتبرير التعويض عن آثار الغرر العلاجي، أدانت محكمة النقض الفرنسية، ولأوّل مرة، صراحة هذا التوجه القضائي، وأكدت أن آثار الغرر العلاجي لا يدخل ضمن التزامات الطبيب تجاه المريض[1].

لذا كان اللجوء إلى حلول أخرى لتعويض الغرر الطبي أمرا ضروريا لا مفر منه، ما دام أن التعويض القائم على أساس مسؤولية الطبيب يعد حلا غير صائب، إذ تتراوح هذه الحلول بين فرض نظام تأمين إجباري من المسؤولية عن الحوادث الطبية وإنشاء صندوق لضمان ضحايا هذه الحوادث[2]. إلاّ أنها لم تنجح في المهمة التي أسندت لها، لذا كان للتدخل التشريعي ضرورة ملحة حتى يستفيد ضحايا الحوادث الطبية بتعويض عادل سواء تلقوا العلاج في مرفق صحي عمومي أو خاص، وذلك على قدم المساواة هذا من جهة، وبغرض إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة في العلاقة العقدية الطبية من جهة ثانية.

2_ تعويض الغرر العلاجي بعد صدور قانون 4 مارس 2002:

بصدور قانون 04 مارس 2002 المعدل لقانون الصحة العمومي الفرنسي، تم وضع نظاما للتسوية الودية عند وقوع حادث طبي يتكفل به جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني، يطلق عليه " الديوان الوطني لتعويض لحوادث الطبية "[3]. وللإستفادة من التعويض لا بد من توافر الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة1142-1/[2]، وهي:

1- أن ينتفي خطأ الطبيب أو المرفق الصحي العام.

---

[1]- Cass. 1ère Civ, 8 nov. 2000 : « La réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont le médecin est contractuellement tenu à l égard de son patient… ». Cité in: Andrey BEUN, *Le principe de précaution en matière de responsabilité médicale*, mémoire de DEA en Droit Privé Général, Université du Droit et de la Santé, lille2, Paris, 2003, p 88. Voir not : Jean PENNEAU, *Un médecin n'est pas contractuellement…*, *op. cit*, p 3083.

[2]- Christian LAROUMET, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, *op. cit*, p 37.

[3]- « *Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux* ».

2- أن يتعلق الضرر المراد تعويضه بحادث طبي خارج إطار الخطأ، أو عدوى مرضية في المستشفى.

3- توافر رابطة سببية بين الضرر والنشاط الطبي. بمعنى، أن يكون الضرر ناتجا عن أعمال التشخيص أو الوقاية أو العلاج.

4- أن يبلغ الضرر اللاحق بالمريض درجة من الجسامة، والتي تتحدد بالنظر إلى العجز الوظيفي للمريض وما يترتب عن ذلك من آثار على حياته المهنية والعائلية[1].

أما من حيث الإجراءات التي لا بد من إتباعها للحصول على التعويض، يمكن تلخيصها كالتالي:

- على المريض أن يقدم طلبا إلى اللجنة الجهوية للصلح (CRCI)[2] التي يجب أن تتخذ قرارها في مدة لا تتجاوز 6 أشهر، وذلك سواء برفض الطلب فتصدر تصريحا بعدم الاختصاص[3]أو تصدر رأيا سلبيا نظرا لعدم توافر نسبة العجز في الضرر اللاحق بالمريض والمحددة قانونا، أو تصدر رأيا إيجابيا[4] يتضمن إحدى النتائج الثلاث التالية:

---

[1]- Mireille BACACHE-GIBEILI, *Les accidents médicaux*, étude mise à jour : 13/01/2004, p 6 et 7. Voir sur : www.droit.univ-paris5.fr/cddm/index.php.

[2]- « *Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation* ».

يعتبر لجوء المريض إلى هذه اللجان الجهوية للصلح والتعويض إجراءا اختياريا، فهو لا يمثل شرطا مسبقا لإقامة الدعوى أمام القضاء، ولا حاجزا أمام إرادة الضحية المتجهة إلى رفع دعوى قضائية مباشرة ضد المسؤول في إحداث الضرر. حدد المرسوم رقم 886-2002 المؤرخ في 3 ماي 2002 مهام هذه اللجان الجهوية، فهي، تتكفل عامة بمهمة تسهيل المصالحة الودية للنزاعات المتعلقة بالحوادث الطبية، وكل النزاعات الطارئة بين المرضى والأطباء أو المؤسسات الصحية. تتشكل هذه اللجان من ممثلين لكل من المرضى، والأطباء أو المرافق الصحية، وشركات التأمين، وصندوق الوطني لتعويض الحوادث الطبية، ومهنيين متخصصين في تعويض الأضرار الجسمانية، ويرأس هذه اللجنة قاض. تضفي على هذا النوع من التشكيلة خاصية الاستقلالية والإنصاف، وهو ما أكدت عليه المادة 1142-6 من قانون الصحة الفرنسي. لمزيد في تفصيل ذلك:

Andrey BEUN, *Le principe de précaution en matière…*, *op. cit*, pp 92_ 95.

[3]- « *Déclaration d'incompétence* ».

[4]- قبل أن تصدر اللجنة الجهوية للصلح والتعويض رأيها الإيجابي« *Avis positif* » أو السلبي.« *Avis négatif* » فهي تلجأ، اختياريا، إلى الخبرة التي يتكفل بها مجموعة من الخبراء لتقييم أسباب وآثار الضرر اللاحق بالضحية لتقدير نسبة العجز الجسماني ومدة العجز الوظيفي. لمزيد في تفصيل كيفية تعيين هؤلاء الخبراء ومهامهم، راجع (=

- إما مسؤولية الطبيب أو المرفق الصحي نظرا لثبوت الخطأ، وكونه السبب في إحداث كل الضرر.

- إما تعويض المريض على أساس الصندوق الوطني للتضامن مادام أن الغرر يعتبر السبب الوحيد للضرر اللاحق بالمريض.

- إما التضامن في المسؤولية بين الطبيب أو المرفق الصحي وصندوق التضامن الوطني.

تتصل اللجنة الجهوية للصلح والتعويض بالصندوق الوطني للتضامن أو شركة التأمين المكلفة بتغطية المسؤولية المهنية للطبيب أو المرفق الصحي وتلزمهم بعرض مبلغ معين على الضحية يغطي كل الضرر اللاحق بها، وذلك خلال فترة لا تتجاوز 4 أشهر. وفي حالة القبول يتم الدفع خلال شهر[1].

إذن، يتوقف التعويض أساسا على التأمين، لذا ألزم القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 4 مارس2002 المعدل لقانون الصحة العمومي الفرنسي المهن الطبية والمؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية والإدارية، ويترتب عن مخالفة هذا الالتزام جزاء.

(=)Rapport pour l'année 2006-2007 remis au Parlement et au Gouvernement en janvier 2008, pp 36 _ 39. Disponible sur le site de la CNAMED: http://www.cnamed.santé.gouv.fr/

[1]- إذا دفع المؤمن المبلغ رغم معارضته لرأي اللجنة، أي متى أثبت أن الضرر اللاحق بالمريض ليس ناتجا عن خطأ المؤمن له، يمكنه ممارسة حق الرجوع بذلك المبلغ على الصندوق الوطني للتضامن.

إذا لم يتقدم الطبيب بأيّ مبلغ للتعويض أو رفضت شركة تأمينه تغطية ذلك الضرر، يحل الصندوق الوطني محله في التعويض تجاه الضحية، وما عليه إلاّ الرجوع على المسؤول أو شركة التأمين بذلك المبلغ. أنظر:

Andrey BEUN, *Le principe de précaution en matière...*, *op. cit*, p 97.

لا تتدخل اللجنة الجهوية للصلح والتعويض في مرحلة التفاوض بين الصندوق الوطني للتضامن وشركة التأمين والضحية، لذا قرر مجلس الدولة الفرنسي بموجب رأيه الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2007 أن الصندوق الوطني للتضامن ليس ملزما باقتراح مبلغ التعويض على الضحية في كل مرة تتوصل اللجنة إلى المسؤولية على أساس التضامن. أنظر: Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière...*, *op. cit*, p 1034.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي اشترط بموجب نص المادة 1142-1 من قانون 4 مارس مارس 2002 أن تتعدى نسبة العجز التي يعاني منها المريض 25% لكي يستفيد من التعويض، وحددها المرسوم الصادر في 4 أفريل 2003 بنسبة 24% [1].

ومن المؤكد أن هذه النسبة تؤدي إلى تقليص عدد ضحايا الحوادث الطبية المستفيدة من صندوق الضمان، بحيث إذا تعدى الضرر هذه النسبة من الجسامة يتم تعويض الضحية تعويضا كاملا، أما إذا كانت نسبته تقل عن 24% فلا تعويض عنه. هكذا يكون هذا القانون بمثابة "قانون الكل أو لا شيء".

فضلا عن ذلك، فإن معظم ضحايا الحوادث الطبية تكون نسبة جسامة الضرر اللاحق بهم أقل من نسبة 24 % مما يدفعهم إلى الاستعانة بطرق أخرى للحصول على التعويض[2]، إذ لا يترددون في البحث عن أدنى خطأ أو إهمال صادر من الطبيب لإثارة مسؤوليته، بما فيه النقص في الإعلام حول إمكانية وقوع خطر ما، والمطالبة بتعويض جزئي على أساس فوات الفرصة.

يلاحظ أن المشرع الفرنسي عند وضعه لنظام خاص بتعويض الحوادث الطبية قد وضع حدا جزئيا لنظرية فوات الفرصة، التي تبقى ممكنة التطبيق بالنسبة للأضرار التي تقل جسامتها عن 24%، خاصة إذا أغفل الطبيب الكتابة لإثبات تنفيذه للالتزام بالإعلام الكامل.

كما يلاحظ من خلال التقرير السنوي الذي أعدته اللجنة الوطنية الفرنسية لتعويض الحوادث الطبية "CNAMED" إلى الحكومة سنة 2008، أنها أشارت، ولأوّل مرة، إلى نظرية فوات الفرصة من خلال الآراء الإيجابية الصادرة عن اللجان الجهوية للصلح والتعويض، إذ تبيّن أن نسبة المستفيدين من التعويض الكلي هي 78%، أما نسبة المستفيدين من التعويض الجزئي عن فوات الفرصة فتبلغ 8% [3].

---

[1]- Mireille BACACHE-GIBEILI, *Les accidents médicaux*, *op. cit*, p 7.

[2]- Andrey BEUN, *Le principe de précaution en matière…*, *op. cit*, p 89 et 90.

[3]- Rapport pour l'année 2006-2007 remis au Parlement et au Gouvernement en janvier 2008, *op. cit*, p 28.

استعملت نظرية فوات الفرصة، وحسب أقوال "فرونسواز أفرام"Françoise « AVRAM « رئيسة اللجنة الجهوية للصلح والتعويض على مستوى مدينة " Ile de France "، في صورة فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة أو فوات فرصة تجنب الخطر، وذلك من أجل تعويض الضحية رغم وجود شك حول رابطة السببية بين الخطأ والضرر[1].

يكون التطوّر المتوقع للمرض حاجزا لتطبيق نظام التعويض عن الغرر العلاجي، فهما مفهومان معقدان ومرتبطان يصعب على الخبير الطبي وضع خط يفصل بينهما وتحديد نسبة مساهمة كليهما في إحداث الضرر أو من منهما السبب في حدوثه. ففي قضية "الصندوق الجهوي للتأمين ضد الأمراض بمدينة « d'Ile de France » ، أجرى المريض عملية جراحية أدت إلى وفاته بأزمة قلبية.

أثبت الخبير غياب خطأ فني أثناء العملية، لكن المريض لم يعلم بمخاطرها. زيادة على ذلك، فإن الأزمة القلبية متوقع حدوثها نظرا لتفاقم حالة المريض الصحية. فقضي بالتعويض الجزئي على أساس فوات فرصة تجنب الخطر مقدرة بنسبة 30% من الضرر النهائي[2].

نتيجة لما سبق تحليله، استعمل القضاء العادي نظرية فوات الفرصة قبل صدور قانون 4 مارس 2002، من أجل تغطية نقائص نظام التعويض عن الحوادث الطبية، وتبرير التعويض الجزئي عن الآثار الضارة الناتجة عن حدوث الخطر العلاجي. أما بعد صدور هذا القانون، أصبحت نظرية فوات فرصة تجنب الخطر الوسيلة الوحيدة أمام المريض للحصول على تعويض جزئي للضرر الجسماني اللاحق به، خاصة عندما يشكّل استعداده المرضي حاجزا يمنع تطبيق نظام التعويض عن الغرر العلاجي، وذلك بشرط وهو إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام.

---

[1]- Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière* ..., *op. cit*, p 1034.

[2]- CE, ass, 19 mars 2004, CRAM d'Ile de France. Cité in: *Ibid*.

لكن هذه النظرية تبقى مستحيلة التطبيق في بعض الأعمال الطبية نظرا لانتفاء ركن الخطأ فيها. ومن أجل تغطية الضرر وعدم ترك المريض بلا تعويض، تم الاستعانة بنظرية المخاطر التي يمكن اعتبارها بديلا لنظرية فوات الفرصة في وظيفتها التعويضية.

الفرع الثاني

المسؤولية غير الخطئية بديلة لفكرة فوات الفرصة

تلحق بعض التدخلات الطبية والجراحية أضرارا للمريض خارج نطاق الخطأ الطبي، وبالتالي يستحيل التمسك بنظرية فوات الفرصة، التي طالما كانت بمثابة الحل القانوني الوحيد أمام المتضرر للحصول على التعويض ولو كان جزئيا، لتغطية تلك الأضرار. لذا أخذ التشريع والقضاء الفرنسيين بنظرية المخاطر خاصة في مجال عمليات التلقيح الإجباري **(أوّلا)**، والأساليب العلاجية الجديدة المجهولة المخاطر **(ثانيا)**، وذلك حماية للمريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية.

أوّلا: حوادث التلقيح الإجباري:

يضفي القانون على عملية التلقيح الإجباري صفة الإلزامية مما يجعلها استثناء لمبدأ الرضائية الواجب توافرها في معظم التدخلات الطبية (1)، لذا تتكفل الدولة بتعويض الأضرار المترتبة عنها (2).

1- إلزامية التلقيح: استثناء لمبدأ الرضائية

لا تتم معظم التدخلات الطبية إلاّ بعد موافقة المعني بالأمر، هذه الموافقة هي أساس العلاقة الطبية مادام أنها تتعلق بمصلحة شخصية، إلاّ أن القانون، وفي مجال مكافحة بعض الأمراض، جعل المصلحة العامة للمجتمع أولى من الحرية الشخصية للفرد، لذا سن نظام التطعيم الإجباري[1].

---

[1]- نظرا لتقدم الطب، ألغيت بعض التلقيحات الإجبارية مثل التلقيح ضد الجدري antivariolique، وحلت محلها تلقيحات أخرى مثل: التلقيح ضد الدفتيريا antidiphtérique ، ضد السّل antituberculeuse وضد الشلل antipoliomyélitique . أنظر:

Bruno PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit*, p 412.

يضفي على عملية التلقيح الإجباري الخصائص التالية:

1- التلقيحات الإجبارية ذات صبغة إلزامية، سواء تلك المطبقة على كافة الناس (كالتلقيح ضد الدفتيريا أو ضد التيتانوس)، أو تلك الخاصة بفئة من الأشخاص فقط مثل العاملين في إطارات معينة (كالمستشفيات، والوحدات العسكرية...، فهم يخضعون للتلقيح الإجباري ضد حمّة التيفوييد وفيروس الإلتهاب الكبدي"ب")، أو تلك الخاصة بمنطقة جغرافية معرضة لمخاطر العدوى كالكوليرا مثلا. إن عدم امتثال الشخص لها يعرضه للجزاء كمنع الطفل من الإدماج في روضة الأطفال أو في المدارس والاشتراك في بعض النشاطات[1].

2- التلقيحات الإجبارية تعيق ممارسة بعض الحقوق كالحرية الشخصية، السلطة الأبوية على الأطفال، وذلك حماية للمصلحة العامة[2].

يعتبر التلقيح الإجباري بمثابة إجراء قانوني ضروري لمكافحة الأمراض المعدية أكثر مما يعد تدخلا علاجيا، إلاّ أنه لا يخلو من بعض المخاطر التي قد تلحق بالشخص أضرارا. ما هو أساس التعويض عنها، مع العلم أن الفرد كان مجبرا على الخضوع لها؟. وبتعبير آخر، لا يمكن افتراض قبول الشخص الخاضع لها لمخاطر التلقيح.

2-مسؤولية الدولة دون خطأ عن حوادث التلقيح الإجباري:

في فرنسا، قبل صدور قانون 1 جويلية 1964 المتعلق بالتطعيم الإجباري، لم يكن من الممكن مساءلة الدولة عن حوادث التطعيم الإجباري إلاّ على أساس الخطأ الثابت. ولكن هذا النوع من المسؤولية لا يحقق ضمانة كافية للمضرور، الذي يصعب عليه إثبات الخطأ. هذا ما دفع محكمة " بوردو " الإدارية إلى إقرار مسؤولية الدولة على أساس

في الآونة الأخيرة، ونظرا لبروز بعض الأمراض المعدية مثل مرض أنف ونزة الطيور وأنف ونزة الخنازير(H1N1)، ظهرت تلقيحات جديدة لمكافحة هذه الأمراض، تكون اختيارية بالنسبة للأشخاص عامة وإلزامية بالنسبة للأشخاص العاملين في إطارات معينة كالمرافق الصحية أو للمسافرين لأداء ركن الحج مثلا. ولكنها قد تلحق أضرارا دون ارتكاب الطبيب لأيّ خطأ أثناء التلقيح، كالإصابة بمرض قيلان باريGuillain-Barré (من بين أعراض المرض: تفتت العضام).

[1]- Gilles LE CHATALIER, *Vaccination obligatoires : Les pouvoirs du chef de service*, R.F.D.A, n°3, 2004, p 582 et 583.

[2]- Jacques MOREAU, Didier TRUCHET, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 6ème édition, Paris, 2004, p 179 et 180.

المخاطر في قرار صادر عنها سنة 1958 في قضية " Dejous "[1]، أخذا بعين الاعتبار الطابع الإجباري للتلقيح وجسامة الضرر الحاصل، والذي لا يتناسب مع الفائدة المرجوة من ذلك التلقيح.

وعلى إثر هذه القضية، دعى المفوّض " جوفا Jouvin " القضاء الإداري الفرنسي إلى تبني مسؤولية الدولة على أساس المخاطر في مجال التطعيمات الإجبارية، وتمديدها لصالح منتفعي المرفق الصحي واعتبارهم كمعاوني المرفق.

لم يأخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الحل إلاّ بعد أن نصت عليه صراحة المادة الثالثة من قانون الفاتح من شهر جويلية لسنة 1964 المعدل للمادة 10/1 من قانون الصحة الفرنسي، وقد سمحت هذه المادة بإثارة مسؤولية الدولة على أساس المخاطر للأضرار المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري التي تجرى في المراكز المعتمدة فقط[2].

ومن أجل الاستفادة من التعويض، كان لا بد من توافر الشروط التالية:

---

[1]- تتلخص وقائع قضية " Dejous " كالتالي: أجري التلقيح الإجباري ضد الدفتيريا والتيتانوس للطفل Dejous وآخرين بالمركز الصحي المدرسي، وعقب ذلك الحقن، ظهرت عليهم أضرار، وقضت محكمة بوردو بمسؤولية الدولة وإلزامها بالتعويض على أساس المخاطر، مادام أن التطعيم ملزم من قبل الدولة، وأنه ترتب عليه ضررا جسيما لا يتناسب مع فائدته. راجع: د. محمد عبد الباسط، ***تراجع فكرة الخطأ ...***، مرجع سابق، ص 55 و56.

[2]- Art 3 de la loi 01/07/1964 « *Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation de tout dommage imputable directement à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions visées au présent code et effectuée dans un centre agrée de vaccination est supportée par l'état*... »

كان هذا النص أصلا مشروع مبادرة برلمانية محضة، والتي تم بموجبها تعديل القانون المتعلق بالمسؤولية عن التلقيح الإجباري ضد الشلل. لكن وسعت اللجنة البرلمانية هذا النص ليشمل جميع التلقيحات الإجبارية. وقد تم تعديل هذه المادة بموجب قانون 26 ماي 1975، وذلك بحذف عبارة المراكز المعتمدة، وأصبحت الدولة تغطي حتى الأضرار المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري التي تتم في المراكز الخاصة أو بواسطة طبيب العائلة، سواء في عيادته أو في مسكن المعني بالتلقيح. راجع: د. مسعود شيهوب، ***المسؤولية على أساس المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري***، د.م.ج، الجزائر، 2000، ص ص 224 _227.

- زيادة على توافر صفتي الخصوصية والجسامة غير العادية في الضرر، لا بد أن ينسب هذا الأخير مباشرة لعملية التلقيح الإجباري. وبتعبير آخر، قيام رابطة سببية مباشرة بين نشاط المرفق الصحي والضرر اللاحق بالشخص الخاضع للتلقيح[1].

- أن تتم التلقيحات الإجبارية حسب الشروط المحددة قانونا. وقد حدد القانون مسبقا التلقيحات التي تعتبر إجبارية والجهة المكلفة بالقيام بها[2].

كما أضاف القضاء الإداري الفرنسي بموجب قرار مجلس الدولة الصادر في 9 مارس 2007، شرطين آخرين للتأكد من أن المرض كان بسبب نشاط المرفق وهما:

- مضي مدة زمنية قصيرة بين عملية الحقن وظهور الأعراض الأولى للمرض، ويقصد بالمدة القصيرة أن لا تتجاوز مهلة 3 أشهر، للقول بوجود علاقة سببية مباشرة بين نشاط المرفق والضرر اللاحق بالشخص.

---

[1]- راجع في تفصيل هذا الشرط : د. مراد بدران، ***أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري***، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الخاص الثاني، 2008، ص ص 85 _87.

[2]- بالنسبة لقانون الصحة الفرنسي، نصت المواد من 3111-1 إلى 3111-4 على أنواع التلقيحات الإجبارية والأشخاص المخاطبين بها. راجع:

Code de la santé publique, Les éditions des journaux officiels, Paris, 2003.

أما المشرع الجزائري، فقد نظم عمليات التلقيح الإجباري بمرسوم 69-88 مؤرخ في 17 يونيو 1969 يتضمن بعض **أنواع التلقيح الإجباري**، ج.ر عدد 53 لسنة 1969 معدل ومتمم بمرسوم 85-282 مؤرخ في 1985/11/12، ج ر عدد 47 لسنة 1985(عدل فقط المادتين 1 و 4 من مرسوم 69-88). نذكر من بين هذه التلقيحات: الحمى التيفية، تلقيح ضد السل والخناق والكراز والشهاق...).

يضاف إلى ذلك، قرار وزاري مؤرخ في 25 أبريل 2000، يتعلق ب**التلقيح ضد التهاب الكبد الحموي "ب"** ، ج.ر عدد 39 لسنة 2000. يخاطب هذا النوع من التلقيح الإجباري الأشخاص العاملين أو المستفيدين من التكوين في مؤسسة أو هيئة عمومية خاصة للعلاج أو الوقاية مثل: المؤسسات العمومية للصحة، مراكز نقل وتصفية الدم، والهياكل الصحية الخاصة وغيرها.

وصدر كذلك قرار وزاري آخر في15 يوليو2007 **يحدد جدول التلقيح الإجباري المضاد لبعض الأمراض المتنقلة**، ج.ر عدد 75 لسنة 2007. باستقراء هذه النصوص القانونية، وكذا المادة 55 وما يليها من قانون 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها معدل ومتمم، نجد أن المشرع الجزائري نظم إجراءات التلقيح الإجباري دون الإشارة إلى نظام المسؤولية عن الأضرار المترتبة عنه.(طبيعة المسؤولية والجهة المكلفة بتعويض ضحايا أضرار التلقيح).

- غياب دليل يثبت إصابة الشخص بذلك المرض في وقت سابق على عملية التلقيح. بمعنى آخر، استبعاد تدخل العامل الوراثي في إحداث الضرر[1].

يعني خضوع الشخص لعمليات التلقيح الإجباري حرمانه من ممارسة حريته في الاختيار بين قبول أو رفض ذلك الإجراء الوقائي. وبتعبير آخر، لم يمنح للشخص فرصة التعبير عن حريته أو فرصة رفض التعرض لمخاطر وأضرار التلقيح. لذا من المشروع تجسيد نظام المسؤولية على أساس المخاطر عن كل ضرر يلحق بالشخص جراء عملية التلقيح الإجباري خارج نطاق الخطأ.

اكتفى المشرع الجزائري في النصوص القانونية المتعلقة بالتلقيح الإجباري بالنص على الطابع الإلزامي لهذا التدخل الطبي، دون أدنى إشارة إلى نظام المسؤولية الواجبة التطبيق. ولكن، بالرجوع إلى المادة 140 مكرر1 من القانون المدني[2] نجده قد كرس نظام المسؤولية الموضوعية عن كل ضرر يلحق بالشخص ما لم يكن له يدا في وقوعه.

لا يزال الاجتهاد القضائي الجزائري يقيم المسؤولية الطبية بوجه عام على الخطأ الجسيم عندما يتعلق الأمر بالعمل الطبي، والخطأ البسيط عندما يتعلق الأمر بالتنظيم. ولم نطلع على ما يثبت أخذه بنظرية المخاطر في مجال الأضرار الناجمة عن عملية التلقيح، رغم اعتبارها نشاطا طبيا من جهة، ورغم طابعها الإلزامي من جهة أخرى.

لذا يبقى الأخذ بنظام المسؤولية غير الخطئية هو الذي يخدم جمهور المرضى نظرا لصعوبة إثبات خطأ الطبيب أو المستشفى المكلف بعملية التلقيح. تفرض هذه الاعتبارات حماية الضحية من مخاطر العلاج، كما تتطلب مناهج التطبيب الحديثة توسيع مجال المسؤولية دون خطأ وكسر الجمود الذي يعرفه هذا النوع من المسؤولية في هذا المجال،

---

[1]- Didier JEAN-PIERRE, *Vaccination obligatoire, sclérose en plaque et imputabilité au service liée à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B : Les conditions posées par le Conseil d'Etat (CE 9 mars 2007)*, La Semaine Juridique, n°19, Lexis Nexis et Juris classeur, Paris, 7 mai 2007, p 33 et 34.

[2]- تنص المادة 140 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 78 لسنة 1975، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 لسنة 2005 على ما يلي: " إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

لاسيما أن القضاء الإداري قد أخذ بالمسؤولية غير الخطئية للمرفق العام في مجالات أخرى[1].

ثانيا: الأساليب العلاجية مجهولة المخاطر

طبق القضاء الإداري الفرنسي المسؤولية على أساس المخاطر لأوّل مرة في مجال الأعمال الطبية والجراحية بموجب قرار صادر عن محكمة استئناف " ليون " بتاريخ 21 ديسمبر 1990 في قضية " قوماز GOMEZ "، والتي تتلخص وقائعها في أن الطفل المدعو(GOMEZ Serge) البالغ من العمر 15 سنة، أدخل إلى المستشفى لإجراء عملية جراحية في العمود الفقري. وعلى إثرها ظهرت مضاعفات جسيمة انتهت بعد 36 ساعة بإصابة الطفل بالشلل في أطرافه السفلى نتيجة استخدام طريقة علاج جديدة تدعى Méthode de Luqué غير معروفة النتائج بشكل كامل[2].

في أول الأمر رفضت المحكمة الإدارية التعويض عن الضرر اللاحق بالطفل على أساس غياب أي خطأ صادر من الطبيب أو أحد معاونيه. استأنفت عائلة " قوماز GOMEZ " هذا الحكم وأصدرت محكمة استئناف " ليون " قرارا يقضي بأن استعمال طريقة علاجية جديدة تعرف ب Luqué يمكن أن يسبب خطرا للمرضى الذين يخضعون لها، خاصة أن نتائجها غير معلومة بعد، وأن حالة المريض لم تفرض استخدامها، مما يؤدي إلى إثارة مسؤولية المستشفى عن المضاعفات التي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة للطريقة المستعملة Luqué حتى بغياب الخطأ[3].

---

[1]- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 11 مارس 1989: " *من المستقر عليه قضاء أن مسؤولية الإدارة تقوم حتى في حالة انعدام الخطأ تجاه الأشخاص، ضحايا الحوادث، عندما يكونوا مدعوين لتقديم مساهماتهم...*" نقلا(=) (=)عن: د. محمد بودالي، ***المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي***، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 27.

[2]- علي عصام غصن، ***الخطأ الطبي***، مرجع سابق، ص 133.

[3]- C.A.A de Lyon, plén, n° 89LY01742, du 21 déc. 1990, Consorts Gomez : « L'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engageant, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier,… qu'en recourant à la méthode dite de Luqué, le chirurgien qui a pratiqué l'intervention sur la personne de Serge Gomez a mis

يستنتج من هذا القرار، أن القضاء الفرنسي لا يعتبر مسألة تعريض المريض لطريقة علاجية جديدة غير معروفة المخاطر بشكل كامل بمثابة خطأ يوجب مساءلة الطبيب مدنيا أو جزائيا.

كما يهدف القضاء الفرنسي من وراء تجسيده لنظام المسؤولية دون خطأ إلى حماية المتضرر الذي لم يعبر عن رضاه في قبول مخاطر التدخل الطبي الجديد. لأنه، ولو افترض قبوله لذلك التدخل، فلا يمكن اعتبار ذلك الرضا بمثابة رضا متبصر ومستنير مادام أن المخاطر التي قد يتعرض لها غير معلومة بشكل كامل[1].

وبتعبير آخر، لم يتم إعلام المريض بكل المخاطر المترتبة عن التدخل الطبي الجديد، ونتج عن ذلك حرمانه من حرية الاختيار بين طريقة علاج تقليدية معلومة المخاطر إلاّ أنها غير فعّالة وطريقة علاج حديثة مجهولة المخاطر. نتيجة لذلك، فقدانه فرصة تجنب الخطر الذي تعرض له.

إذن، أمام وضعية تدهورت فيها حالة المريض الصحية مقارنة بحالته الأصلية، وغياب خطأ طبي مع استحالة تطبيق نظرية فوات الفرصة، كان لا بد من تعويض المريض عن الضرر اللاحق به عن طريق نظام المسؤولية على أساس المخاطر.

غياب الخطأ يضع حدا قاطعا لفكرة فوات الفرصة، وأن مسألة البحث عن احتمال تحققها من عدمه لا يعود بأية فائدة[2]. ففي هذه الوضعية بالذات تكف نظرية فوات الفرصة عن ممارسة مهمتها في تغطية الشك القائم حول علاقة السببية، هذه المهمة التي طالما رفضها القضاء الجزائي لإثارة المسؤولية الجزائية للطبيب تمسكا بمبادئه الأساسية، دون القضاء المدني الذي تقبلها لتبرير التعويض الممنوح للضحية .

---

en œuvre une technique opératoire nouvelle dont il résulte…que les conséquences n'étaient pas entièrement connues,…il ne résulte pas de l'instruction qu'en dépit de la gravité de l'affection dont souffrait M. Serge Gomez, ses jours aient été en danger ; que les conséquences de cette intervention ont été particulièrement graves et anormales et sont par suite de nature à engager la responsabilité des Hospices civils de Lyon… ». Voir sur: www.Légifrance.gouv.fr.

[1]- Isabelle SOUPLET, *La perte de chance…*, *op. cit*, p 40 et 41.

[2]- Rodolphe ARSAC, *L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif*, *op. cit*, p 776 et 777.

المطلب الثاني

تلاشي رابطة السببية في المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجزائية للطبيب

تقضي القواعد العامة أنه لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب بشقيها المدني والجزائي توافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر، بل لا بد أن تكون هذه العلاقة أكيدة ومباشرة. لكن القضاء المدني الفرنسي، وأمام صعوبة إثبات هذه العلاقة مع ضرورة عدم إفلات الطبيب من خطئه الثابت، قرر تغطية تلاشي رابطة السببية بواسطة نظرية فوات الفرصة، بغرض منح تعويض جزئي للمريض **(الفرع الأول)**.

أما القضاء الجزائي، فقد بقي أمينا في اشتراط السببية الأكيدة بين الخطأ والضرر، وعبر دوما عن رفضه لفوات الفرصة كأساس لتقرير المسؤولية الجزائية للطبيب **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

قبول فوات الفرصة كأساس للمسؤولية المدنية للطبيب

يختلف تطبيق نظرية فوات الفرصة في إطار المسؤولية المدنية عن المسؤولية الطبية **(أوّلا)** أين يبرز فيها القاضي دور الخطأ في إحداث الضرر النهائي **(ثانيا)**، وذلك حتى بعد تبني المشرع الفرنسي لنظام ازدواجية الخطأ المدني والجزائي **(ثالثا)**، والذي لم يؤثر على استمرارية العمل بالنظرية.

أوّلا: التمييز في تطبيق النظرية بين إطارها التقليدي والخاص بالمجال الطبي

يكون الخطأ، في الإطار التقليدي لنظرية فوات الفرصة، على علاقة سببية أكيدة مع انقطاع مسار ما أو تطور وضعية معينة، والتي لا يمكن القول على وجه اليقين أنها وليدة حادث أو نتيجة إيجابية أو سلبية في المستقبل. فبسبب الخطأ لم يتمكن الطالب من الالتحاق بالامتحان، أو لم يتمكن الحصان من المشاركة في السباق. يتمحور الإشكال في هذه الحالة

حول تقييم الفرص التي كان يتمتع بها الطالب للنجاح في الامتحان، أو تلك التي كان يتمتع بها الحصان للفوز بالجائزة الأولى في سباق الخيل. إذن المسألة هي مسألة تقييم للضرر[1].

أما عند الحديث عن فوات الفرصة في المجال الطبي، فإنّها تنظر بوجهة مغايرة لوجهتها التقليدية. فالمريض قد أصبح عاجزا أو متوفيا، إذن الضرر النهائي قد تحقق والنتيجة النهائية التي آل إليها المسار معلومة، الأمر الوحيد الذي يبقى مجهولا في حقيقة الأمر، هو مدى توافر علاقة سببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي. وبتعبير آخر: ما هو السبب الأكيد للضرر : هل هو الخطأ الطبي أو هو التطور المتوقع للمرض...؟[2].

يرى الفقيه " سافتي SAVATIER " عند تمييزه في تطبيق النظرية بين إطارها العام والخاص بالمسؤولية الطبية، أن الفرصة الضائعة بسبب الخطأ تستقل عن الخطأ في حدّ ذاته، فالمترشحة لوظيفة الطيران مثلا، التي فقدت رجلها إثر حادث مرور، يمكن للقاضي استقلالا عن خطأ السائق أن يعدد بالتحديد الفرص التي ضاعت منها، بينما الطبيب الذي يرتكب خطأ في التشخيص أو أثناء العلاج، فإن الفرصة التي أضاعها على المريض مرتبطة مباشرة بنجاح التدخل الطبي، مما يعني أن الفرصة الضائعة تظهر جليا عند انعدام الخطأ الطبي، لذا فهي مجردة من أية قيمة ذاتية مستقلة عن الفعل الضار [3] .

في إطار المسؤولية المدنية بصفة عامة، امتنعت الفرصة الضائعة، بإهمال المسؤول، عن محاولة تجريبها، لذا تبقى معرفة مدى إمكانية تجنب الضرر الذي تحقق أمرا مجهولا. في هذه الحالة هناك حقيقة فوات لفرصة حين يمتنع المحامي عن تقديم الطعن في ميعاده القانوني. أما الفرصة الضائعة في إطار المسؤولية الطبية فقد تم تجريبها، إلاّ أنها قد ضاعت وأصبحت من الماضي من لحظة تحقق الضرر النهائي[4].

---

[1]- Jean PENNEAU, *La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance*, R.I.D.C, volume 42, n°2, Paris, 1990, p 537.Voir sur : www.persee.fr.

[2]- *Ibid*.

[3]- Cité in : George BOYER CHAMMARD et Paul MONZEIN, *La responsabilité médicale*, *op. cit*, p 100.

[4]- Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1983, p 37.

ثانيا: إعطاء دور أساسي للخطأ في إحداث الضرر النهائي

إن منح تعويض جزئي للمريض على أساس أن الخطأ الطبي قد فوت عليه فرصة في الشفاء، يعني ذلك إعطاء دور أساسي للخطأ في إحداث الوفاة. ويضرب الأستاذ "جورج دوري" مثالا للتأكيد على ذلك، وهو أن الطالب الذي، ورغم عجزه الجسماني المترتب عن حادث المرور، تقدم إلى الامتحان إلاّ أنه رسب فيه. هذا الطالب يمكن له مطالبة السائق بتعويض الضرر الذي لا يتمثل في الرسوب في حدّ ذاته مادام أنه قد يكون نتيجة لعوامل أخرى، بل في الضرر المتمثل في عدم مواجهة الامتحان بكل الإمكانيات التي كان يتمتع بها قبل وقوع الحادث. وبتعبير آخر، إن المعركة التي خاضها المريض ضد خطر الوفاة قد تمت بأسلحة غير عادلة، وذلك بسبب الخطأ الطبي الثابت[1].

في هذا الصدد، يقرب القاضي الإداري الفرنسي بين جسامة الخطأ وجسامة الضرر الذي تعرض له المريض، فتعكس جسامة الخطأ الخلل الوظيفي غير العادي سواء في تنظيم سير المرفق العام أو أثناء التدخل الطبي والجراحي، الذي يكيّفه القاضي على أنه خطأ غير مغتفر. كما يلاحظ تواجد ضرر غير عادي وجسيم لا يمكن توقعه من وراء ذلك التدخل الطبي.

فرغم غياب علاقة سببية أكيدة بين الخطأ والضرر، فإنه يقضي بتعويض الضحية استنادا إلى اعتبارات العدالة والإنصاف، وتركيزا على الصفة غير المغتفر عنها والجسيمة للخطأ الذي، وإن لم يكن سببا أكيدا في إحداث الضرر النهائي، إلاّ أنه، ولا شك في ذلك، أي بالنظر إلى جسامته وجسامة الضرر المترتب عن التدخل الطبي، سببا في تفويت فرصة الشفاء على المريض رغم تلاشي رابطة السببية[2].

تجدر الإشارة إلى أن الخطأ غير المغتفر يختلف عن الخطأ الجسيم، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في جمعيتها العامة بتاريخ 15 يوليه 1941 بأن: " الخطأ غير المغتفر عبارة عن خطأ ذي جسامة غير عادية، يصدر إمّا في شكل فعل أو في شكل

---

[1]- George DURRY, *Responsabilité contractuelle : Faute médicale et perte de chances de survie*, R.T.D. Civ, 70ème tome, édition SIREY, Paris, 1972, p 410.

[2]- Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière...*, *op. cit*, p 1026.

امتناع إرادي، مع إدراك الفاعل لنتائج هذا الفعل أو الامتناع، وانتفاء كل سبب يبرر ذلك، وهو يتميز عن الخطأ العمد بانتفاء القصد فيه" [1].

قبل هجر فكرة الخطأ الجسيم سنة 1992[2]، كان القضاء الإداري الفرنسي يتمسك بفوات الفرصة لإثارة مسؤولية المرفق الصحي العام على أساس الخطأ البسيط أكثر من الخطأ الجسيم، على أساس أن العناية الطبية عقب العملية الجراحية المنعدمة فوتت على المريض فرصة تجنب بتر العضو، وأن التنظيم السيّئ لسير خدمات المرفق العام حرمت المريضة من فرصة تجنب ضرر العمى للعين اليسرى، كما أن تعطل جهاز التنفس عن العمل أدى إلى عدم فعّالية عملية الإنعاش مما فوت على المريضة، التي كانت تعاني من كسر في عضم الأنف، فرصة البقاء على قيد الحياة[3].

---

[1]- يحتل الخطأ غير المغتفر منزلة وسطى بين العمد من جهة، وبين الخطأ الجسيم من جهة أخرى، ورغم كونه خطأ غير متعمدا إلاّ أنه خطأ إرادي. لذا ينبغي عدم المزج بين التعمد والعمل الإرادي، فهما تعبيران غير مترادفين. إذ يقول الأستاذ "روست" في هذا الصدد: " يكون الخطأ المتعمد إذا قصد مرتكبه إحداث النتائج التي تنجم عنه، ويكون مجرد خطأ إرادي إذا كان مرتكبه يستطيع إدراك جسامة النتائج التي قد تنجم عنه على الرغم من أن هذه النتائج لم تكن هي الدافع إلى ارتكاب هذا الخطأ ". د. حسن علي الذنّون، ***المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني "الخطأ"***، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص ص 173 _ 175.

[2]- هجر القضاء الإداري الفرنسي فكرة الخطأ الجسيم بموجب قرار صادر عن مجلس الدولة في غرفة مجتمعة بتاريخ 10 أفريل 1992. وتتلحص وقائع القضية في دخول السيدة" V " المستشفى لإجراء عملية ولادة قيصرية تحت التخدير الذي تلقت إثره جرعات زائدة، كما تعرضت لسلسلة من الأخطاء أدت إلى هبوط ضغط الدم وآلام حادة كادت أن تسفر عن وفاتها. استبعدت المحكمة الإدارية مسؤولية المرفق لغياب خطأ جسيم، ثم تدخل مفوّض الحكومة "M. Legal" ، وبعد دراسته للقضية، دعا على إثرها مجلس الدولة إلى الأخذ بنظام المسؤولية الطبية القائمة على أساس الخطأ، أي التحول من فكرة الخطأ الجسيم إلى فكرة الخطأ الطبي.

وفي قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 19 أفريل 1999 أقر بموجبه مسؤولية المستشفى مستندا على الخطأ الطبي المرتكب خلال العملية الجراحية التي سببت عاهة مستديمة للمريضة دون أن يشترط صفة الجسامة في الخطأ. أنظر: د. عزري الدين، أ. عادل بن عبد الله، ***تسهيل شروط انعقاد المسؤولية وتعويض ضحايا النشاط العام الاستشفائي***، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس، الجزائر، العدد الثالث، 2005، ص ص 109 _ 112.

[3]- CE 24 av. 1964, CE 7 janv. 1976, CE 9 mai 1989. Cité in: Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière...*, *op. cit*, p 1026 et 1027.

كان القضاء لا يعترف بسهولة بوجود خطأ جسيم[1]، مما يفتح المجال للتمسك بالخطأ البسيط لإثارة مسؤولية المستشفى خاصة على أساس نظرية فوات الفرصة.

كما ساعدت هذه الأخيرة القاضي الإداري على تخصيص الخطأ الطبي المثير لمسؤولية المرفق العام، إذ عندما تصاحب الأخطاء آثارا وخيمة على صحة المريض فإنه يكيف مجرد إهمال بسيط على أنه خطأ غير مغتفر للتمسك بمسؤولية المستشفى، لأنه أدى لا محالة إلى تضييع فرص الشفاء على المريض . فعملية نقل المريض من مستشفى إلى آخر دون إسعاف طبي، أدى إلى تفويت فرصة بقائه على قيد الحياة، وتم تكييف ما حصل على أنه خطأ جسيم رغم تعلق الأمر بتنظيم سير المرفق العام، هذه الخاصية تدّعم صفة الخلل الوظيفي غير العادي، بالنظر إلى آثاره الوخيمة على صحة المريض[2].

ثالثا: مدى تأثير قانون 10 جويلية 2000[3] على نظرية فوات الفرصة

عندما يكون الخطأ ذو علاقة سببية أكيدة مع الضرر النهائي، ولكنه غير مجرم قانونا مما يترتب عنه النطق ببراءة المتهم. وتطبيقا لمبدأ وحدة الخطأ المدني والجزائي، فإن القاضي لا يمكنه منح تعويض للمضرور، على الأركان الثلاث (خطأ، ضرر،علاقة سببية)، مما يجعله يستعين بنظرية فوات الفرصة، فيغيّر بواسطتها عنصر الضرر " فوات الفرصة" حتى يؤسس تعويضه ولو كان جزئيا[4].

---

[1]- للتذكير، فإن الخطأ البسيط هو الذي ينطوي سواء على العمل العلاجي الذي يقوم به الممرض كعملية الحقن أو تضميد الجرح...، أو تنظيم سير المرفق العام مثل التأخير في عرض المريض على الفحص الطبي، وعيب في صيانة الآلات و الأجهزة... . أما الخطأ الجسيم، فهو ينصب على العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب أو الجراح أو التوابع الطبيين تحت إشراف الطبيب أي تلك الأعمال الفنية ذات صعوبة خاصة تستوجب التدخل الشخصي للطبيب مثل التشخيص، والجراحة، وغيرها.

Jean-Marie AUBY, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit public)*, R.I.D.C, volume28, n°3, Paris, 1976, pp 515_ 518. Voir sur : www.persee.fr.

[2]- CE 20 mars 1991. Cité in : Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière*..., *op. cit*, p 1027.

[3]- Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant a précisé la définition des délits non intentionnels. Voir sur : www.légifrance.gouv.fr

[4]- Emilie MARZEC, *Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 dans le domaine de la responsabilité médicale*, Mémoire de D.E.A en Droit Privé, Université du Droit et de la Santé, Lille II, Paris, 2002 et 2003, p 42.

باختلاف الضرر، يمكن للقاضي التمسك بنفس الخطأ دون المساس بمبدأ وحدة الخطأين المدني والجزائي الذي يقصد به توحيد الخطأ مدلولا ودرجة في القانونين المدني والجزائي[1]، وهذا راجع إلى تماثل العبارات المستعملة في كل من المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي والمادة 221-6 من قانون العقوبات الفرنسي. ومن أهم النتائج التي يرتبها هذا المبدأ هو حجية الحكم الجزائي على الدعوى المدنية، فمتى قضى القاضي الجزائي ببراءة الطبيب عن جنحة الجرح أو القتل غير العمدي، لا يستطيع القاضي المدني مخالفة قوة الأمر المقضي فيه والحكم له بالتعويض[2].

ألغى قانون 10 جويلية 2000 مبدأ وحدة الخطأين المدني والجزائي بسن نص جديد في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، وهو المادة4-1 والتي تنص صراحة على أن إنتفاء خطأ جزائي غير عمدي بمفهوم المادة 121-3 من قانون العقوبات لا يعد عائقا لإقامة الدعوى المدنية وتعويض الضرر على أساس المادة 1383 من القانون المدني، وذلك متى ثبتت علاقة سببية بينه وبين الضرر النهائي. وبالتالي ليس للقاضي تغيير عنصر الضرر لمنح تعويض جزئي للمتضرر. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 7 جانفي 2003[3].

يعود تحول المبدأ من الوحدة إلى الازدواجية بفضل كبير لكلا طرفي العلاقة الطبية، مادام أن المريض يمنح له تعويضا إجماليا للضرر اللاحق به، في حالة عدم شفاءه أو لورثته في حالة وفاته، ولا يقتصر فقط على مجرد تعويض جزئي يغطي الفرصة الضائعة. كما أن الطبيب يرى مسؤوليته قائمة حقيقة على سببية أكيدة وليس على مجرد

---

[1]- بوجمعة صويلح، ***المسؤولية الطبية المدنية***، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص67.

وقد تبنت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية مبدأ الوحدة في قرار صادر بتاريخ 18 ديسمبر 1912 الذي نص أن الخطأ الجنائي المنصوص عليه في المادتين 319 و320 من قانون العقوبات يتضمن كل عناصر الخطأ المدني.

أنظر في تفصيل ذلك:

Jean PENNEAU, *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, P.U.F, Paris, 1975, p 17.

[2]- Sylvie WELSCH, *Responsabilité du médecin*, Litec et Lexis Nexis, Paris, 2ème édition, 2003, p 38.

[3]- Cass. 1ère Civ, 7 janv. 2003. Cité in: Emilie MARZEC, *Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 dans…*, *op. cit*, p 44.

شك واحتمال في مدى توافرها. ويجنّب التحول في طبيعة التزامه من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة، والذي قد يصبو إليه التطبيق المتكرر لنظرية فوات الفرصة.

لكن رغم ذلك، مازال القضاء[1] يستعين بنظرية فوات الفرصة لمنح تعويض جزئي عند الحكم ببراءة الطبيب، مما يدل على أن هذا القانون حلّ الإشكالات المترتبة عن مبدأ وحدة الخطأين المدني والجزائي دون مشكلة السببية، لذا ما تزال النظرية ممكنة التطبيق أمام القضاء المدني دون الجزائي، والذي اعتبرها عاجزة عن تأسيس مسؤولية الطبيب الجزائية عن جريمة القتل أو الجرح غير عمدي.

الفرع الثاني

رفض فوات الفرصة كأساس للمسؤولية الجزائية للطبيب

تترجم معظم القرارات القضائية الجزائية رفضها البات لفكرة فوات الفرصة للنطق بالإدانة اتجاه الطبيب، وذلك نظرا لما تكنّه من مكانة مرموقة لعنصر اليقين في السببية الذي يغيب في إطار فوات الفرصة **(أوّلا)**، مادام أن موضوع هذه الأخيرة يحوم حوله الشك والاحتمال، ويترتب عن ذلك عدم ملاءمتها مع مبادئ القانون الجزائي **(ثانيا)**.

أوّلا: موقف القضاء الجزائي من فكرة فوات الفرصة

يرفض القضاء الجزائي الفرنسي بشدّة فوات الفرصة كأساس لتقرير مسؤولية الطبيب الجزائية، وهذا ما تعكسه عدّة قرارات، ومن أبرزها قضية "Albertine Sarrazin"، أين باشر الفريق الطبي المكوّن من جراح وطبيب تخدير عملية استئصال كلية للمريضة دون إجراء تحليل دموي، الأمر الذي ترتب عنه عدم نقل الدم أثناء إجراء العملية، ثم ما لبث أن توقف جهاز الدورة الدموية والتنفس لدى هذا الأخير عن العمل، فتوفيت المريضة في الحال.

قررت محكمة " مونبلييه Montpellier" الابتدائية، نظرا لتناقض تقرير الخبراء حول توافر رابطة السببية بين الأخطاء الطبية الثابتة ووفاة المريضة، إدانة الجراح وأخصائي

---

[1]- Cass. Crim, 18 juin 2002. Cité in: Emilie MARZEC, *Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 dans…*, *op. cit*, p 44.

التخدير بجريمة القتل الخطأ، على أساس أن الأخطاء المرتكبة قد أدت إلى حرمان المريضة من فرصة على قدر كبير من الأهمية في البقاء على قيد الحياة.

وإثر الاستئناف المقدم على الحكم المذكور، قضت محكمة استئناف مونبيليه ببراءة الجراح، وأدانت طبيب أخصائي التخدير، بحيث استنتجت توافر علاقة سببية بين الامتناع عن نقل الدم وتوقف جهاز الدورة الدموية، إذ يكفي أن يكون هذا الخطأ قد ساهم في ترتيب النتيجة، وأنه لعب دورا في تسلسل الأسباب المفضية إليها، ولا يشترط بالضرورة أن يكون هو السبب المباشر والحال في إحداث الوفاة[1].

كما قضت محكمة " رن Rennes" في 18 أفريل 1978 أنه رغم كون خطأ الطبيب قد أفقد المريض فرصة في البقاء على قيد الحياة، فإنه لا يشكل بذاته سببا يقينيا للوفاة.

وتتمثل وقائع القضية في مريض احتجز في إحدى العيادات النفسية على إثر محاولة انتحار ترتب عنها فقدان مؤقت للذاكرة. وخشية من قيامه بمحاولة ثانية للانتحار، قرر الطبيب وضعه تحت تخدير عام ثم عرضه لجلسات كهربائية دون الاستعانة بطبيب تخدير.

عند بدأ هذه الجلسات، انتاب المريض أزمة قلبية مصحوبة باضطراب في التنفس لم يستطع الطبيب التغلب عليها، فتضاعفت حالته تدريجيا حتى وافته المنية. لاحظت محكمة " رن Rennes " وجود إهمال من جانب الطبيب، إلاّ أنه لا يرقى إلى درجة السبب المنتج للوفاة، ومن ثم قضت ببراءته من تهمة القتل خطأ المنسوبة إليه[2].

عندما يكون الخطأ سببا في فوات فرصة ممكنة، فإنه من المؤكد أن غيابه ليس من شأنه إبقاء المريض على قيد الحياة، لذا لا يمكن إدانة الطبيب بجنحة القتل غير العمدي.

وهذا ما يعكسه قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 نوفمبر1996، والتي قررت استبعاد المسؤولية الجزائية للطبيب رغم تأخره في القيام بغسيل معدي للمريضة التي تناولت كمية معتبرة من الأدوية بما فيها مادة سامة، مع العلم أنها مصابة

---

[1]- Christiane HENNEAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal : Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, L.G.D.J, Paris, 1987, p 255.

[2]- د. محمد سامي الشوا، ***مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات (التجارب الطبية، جراحة التجميل، عمليات تحول الجنس، استقطاع الأعضاء ونقلها)***، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 107.

بمرض القلب، فتوفيت يوم واحد بعد دخولها المستشفى، و جاء في القرار ما يلي:" رغم كون الخطأ الطبي الثابت قد ضيّع على المريضة *فرصة **ممكنة** في البقاء على قيد الحياة*، إلاّ أنه من غير المؤكد أن التدخل الطبي السريع سينقذها من خطر الوفاة..."[1].

يستبعد القضاء الفرنسي السببية بين الخطأ الطبي والوفاة كلما تعلق الأمر بمجرد فوات فرصة ممكنة. لكن عندما يكون الخطأ الطبي هو الذي أثار خطر الوفاة وحرم المريض من كل إمكانية في البقاء حيا، فإن القاضي الجزائي الفرنسي يتمسك بالسببية بين الخطأ والوفاة[2]. لذا يجدر الوقوف أمام هذه القرارات القضائية التي لم يتمسك فيها القاضي الجزائي بتوافر السببية بين الخطأ الطبي الثابت والضرر النهائي، إلاّ بعد تأكده من حرمان المريض من كل إمكانية في الشفاء أو في البقاء على قيد الحياة، ويقضي بالتالي بجنحة القتل أو الجرح غير عمدي.

تتلخص وقائع " قضية قرادو Grado" في وفاة إمرة أثناء عملية الولادة التي تمت بطريقة علاجية طائشة وذلك باستعمال القوة وتحت تخدير كلي. قضت محكمة الاستئناف بمسؤولية الطبيب الجزائية لأنه منع المريضة من كل فرص بقائها على قيد الحياة.

وإثر الطعن في القرار المذكور، وتأكيد الطاعن على واجب إثبات علاقة سببية بين الخطأ والوفاة بصفة أكيدة، إلاّ أن الغرفة الجزائية بمحكمة النقض الفرنسية، ورغم تأكيدها على ضرورة إثبات هذا المبدأ، قررت أنّ الأخطاء الثابتة تجاه الطبيب من إنشاءه لخطر الوفاة بطريقة الرعونة وإهماله في عدم تجنب آثاره، حرم المريضة من كل إمكانية في البقاء على قيد الحياة، وأنه قد ارتكب خطأ يشكل جنحة القتل غير العمدي[3].

---

[1]- Cass. Crim, 30 nov. 1996. Cité in: Morgane DAURY-FAUVEAU, *La responsabilité pénale du médecin, les principales infractions contre les personnes*, Les Etudes Hospitalière, Paris, 2003, p 37 et 38.

[2]- Céline GARCON-TEISSIER, *Causalité pénale*, Groupe ISP, Paris, 2005, p 3 et 4. Voir sur : www.prepa-isp.fr.

[3]- أثبتت الخبرة الطبية أن الطبيب المختص، أجرى عملية الولادة بطريقة مسرعة وطائشة حتى يلتحق بموعد رحلة لقضاء العطلة. أنظر:

Christiane HENNEAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal…*, *op. cit*, p 273.

كما قضت المحكمة الجزائية " افري " في 17 نوفمبر1982 بمسؤولية الجزائية لطبيبين تم منادتهما لمعالجة طفل يعاني من انسداد في الأمعاء، ونظرا للتأخر في التدخل العلاجي، ولعدم احترام إجراءات المتابعة الطبية بعد العملية، والتي كانت جدّ ضرورية نظرا لتدهور الحالة الصحية للصبيّ، قضت محكمة " إفري " إدانة الطبيبين بجنحة القتل غير عمدي ما دامت الأخطاء المرتكبة كانت سببا في إنشاء خطر الوفاة وعدم تجنب آثاره[1].

يبيّن هذا النوع من التحليل القضائي على أن العلاقة بين الخطأ والسبب ليست بعلاقة جامدة بل هي علاقة متغيرة. بمعنى، يمكن للقاضي الجزائي أن يحكم بالمسؤولية الجزائية رغم تلاشي وضعف رابطة السببية وذلك، متى تبيّن له أن الخطأ الطبي الثابت ذات جسامة معتبرة تكفي لتدارك ضعف رابطة السببية. إن السببية الضعيفة لا تبرر الإدانة عندما يكون الخطأ الثابت بسيطا، لكن في حالة ثبوت خطأ جسيم، يأخذ القاضي الجزائي بالسببية مهما تكن[2].

الأخذ بمبدأ "إثبات أن الخطأ الطبي هو السبب في حرمان المريض من كل إمكانيات الشفاء أو البقاء حيا" بدلا من مبدأ "ضرورة توافر السببية الأكيدة " لإثارة المسؤولية الجزائية للطبيب، يدفع القاضي للاجتهاد، ليس فقط إلى تقديره للفرص التي كان يتمتع بها المريض لاجتياز مخاطر حالته المرضية، بل إلى بناء قناعته على أن هذه الفرص ضاعت بسبب الخطأ الطبي لوحده[3].

1- Cass. Crim, 17 nov. 1982: « *Le délit de l'article 319 du code pénal est constitué lorsque des risques mortels ont été créés dont les effets n'ont pas été empêchés et lorsque la conjonction de ces risques a privé la victime, non point de chances, mais de toutes possibilité de survie…* ». Cité in: *Ibid*, p 274. Voir not: Cass. Crim (25 mai1982, 7 juil 1993, 1 avril2003,…). Cité in : Morgane DAURY-FAUVEAU, *La responsabilité pénale du médecin, les principales infractions contre les personnes*, *op. cit*, p 38.

2- Annick DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et blessures par imprudence: A propos de la chirurgie*, *op. cit*, p 424.

3 - Christiane HENNEAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal…*, *op. cit*, p 274.

ولهدف التوصل لذلك على القاضي أن يسند للخطأ دوره السببي في إحداث الضرر اللاحق بالمريض، وذلك حتى يستبعد إمكانية تدخل الاستعداد المرضي للشخص في تحقيق الوفاة. إن القول على وجه اليقين بتوافر سببية أكيدة بين الخطأ الثابت والضرر اللاحق بالمريض لا يتعارض بالضرورة مع الاحتمال أو الصدفة التي تصاحب التطور المتوقع للمرض متى كان هذا الأخير بسيطا يمكن الشفاء منه[1].

تحفظ القضاء البلجيكي في استعمال نظرية فوات الفرصة للنطق بالإدانة اتجاه الطبيب، لما تعكسه هذه النظرية من شك حول رابطة السببية.

ففي قضية " بارب Barbe " أين توفيت سيدة عقب وضع ولدها، نسب إلى الطبيب المعالج خطأ في عدم تطبيق علاج مناسب للحالة المرضية التي كانت تعاني منها المجني عليها. أصدرت محكمة استئناف "بروكسل" قرارا بإدانة الطبيب بجنحة القتل الخطأ بتاريخ 27 فيفري 1974 لأن عدم التبصر أو عدم الحيطة التي اقترفها قد أنقصت نسبة 90% من فرص بقاء المريضة على قيد الحياة، وبالتالي توافرت علاقة السببية بين الخطأ والوفاة. إلاّ أن محكمة النقض البلجيكية نقضت حكم الإدانة في 23 سبتمبر 1974 وقررت أن قاضي الموضوع لا يستطيع أن يقطع بتوافر علاقة السببية بين الخطأ والوفاة لوجود نسبة 10% من عدم فعالية العلاج[2].

لا يلجأ القضاء البلجيكي إلى استعمال فكرة فوات الفرصة بغرض تغطية أو سدّ ما تعانيه رابطة السببية من نقص، بل لكي تدعم أكثر عنصر السببية المباشرة بين خطأ الطبيب والضرر اللاحق بالمريض.

ففي القضية التي استدعى فيها طبيب للإشراف على عملية ولادة لدى سيدة، لاحظ الوضع غير الطبيعي الذي تواجد فيه الجنين مما أكسب العملية قدرا من الخطورة، ورغم نجاحه في إعادة الجنين إلى وضعه الطبيعي وإتمام عملية الولادة، أصيبت الأم بشرخ في عنق الرحم نتيجة للعنف الاضطراري الذي لجأ إليه الطبيب لاستخراج الجنين. وإثر

---

[1]- Christiane HENNEAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal…*, *op. cit*, p 274.

[2]- Cité in : François DELOBBE et Charles DELVAUX, *Droit médical*, Commission Université Palais et LARCIER, Liège, 2005, p 284.

الآلام التي كانت تعاني منها الأم، لاحظت القابلة المشرفة عليها تضخم بطنها بشكل مستمر، مما دفعها إلى استدعاء الطبيب المعالج الذي أحجم عن ذلك مما أدى إلى وفاة المريضة بعد فترة زمنية قصيرة[1].

أدين الطبيب بجنحة القتل الخطأ لما نسب إليه من أخطاء جسيمة أثبتها التقرير الطبي، والذي قرر أنه كان بإمكان إنقاذ حياة المريضة من خطر الوفاة لو تم التدخل الطبي السريع والمتمثل في إعطاء جرعات قوية من مضاد حيوي. لذا فإن مسلك الطبيب قد أدى إلى حرمان المريضة من بعض الفرص الجدية التي تنأى بها عن الموت، وأن هذا المسلك يربطه بالوفاة علاقة سببية مباشرة[2].

ثانيا: عدم ملاءمة فكرة فوات الفرصة والمبادئ الأساسية للقانون الجزائي

تتعارض فكرة فوات الفرصة مع بعض مبادئ القانون الجنائي بما فيها مبدأ شرعية الجرائم، فهي لا تسمح بالنطق بالإدانة تجاه الطبيب بمجرد أن خطئه قد ساهم في ضياع فرص الشفاء على المريض (1). كما أن هذه الفكرة تعكس ظلال من الشك حول رابطة السببية، وبذلك تعارض مبدأ قرينة البراءة والتي تقتضي تفسير الشك لمصلحة المتهم (2).

1– مبدأ الشرعية وفوات الفرصة:

يعني مبدأ الشرعية الجزائية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص[3]، ويعود أصله إلى أفكار فلاسفة من بينهم " منتسكيو" و " روسو" في القرن 18، وقد تم النص عليه لأول مرة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 بموجب المادتين 5 و8 منه. إذ تنص المادة الخامسة منه " لا يجوز منع ما لم يحظره القانون، ولا يجوز الإكراه على

1- M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, *op. cit*, p 359.

2- *Ibid.*

3- كرس المشرع الجزائري مبدأ الشرعية في عدّة نصوص قانونية نذكر منها: المادة 46 من دستور 1996 معدل ومتمم (ج.ر عدد 76 لسنة 1996): " لا إدانة إلاّ بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم". وكذلك المادة الأولى من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 28 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 49 لسنة 1966 المعدل والمتمم "لا جريمة، ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلاّ بنص".

إتيان عمل لم يأمر به القانون "، أما المادة الثامنة منه فقد نصت على ما يلي " لا يعاقب أحد إلاّ بمقتضى قانون قائم وصادر قبل ارتكاب الجنحة ومطبق تطبيقا شرعيا "[1].

يترتب على مبدأ الشرعية عدة نتائج، في مقدمتها أن وظيفة التجريم والعقاب تدخل ضمن اختصاص السلطة التشريعية، فلا يجوز للسلطة القضائية تجريم فعل لم يجرّم بنص قانوني أو توقيع عقوبة لم يرد بها نص. ينحصر دور القاضي الجزائي في إبراز العناصر المكونة للجريمة وبيان النص القانوني المطبق عليها دون التوسع في تفسيره، إذ لا يجوز القياس عليه[2].

يتعارض مبدأ الشرعية مع تطبيق فكرة فوات الفرصة في إطار المسؤولية الجزائية من وجهتين:

أولهما: يعني الاستناد على فكرة فوات الفرصة لإثارة مسؤولية الطبيب الجزائية إقرار نوع من المساواة بين الضرر المتمثل في فوات الفرصة والنتيجة الإجرامية التي يتطلبها القانون كركن أساسي في تكوين جريمة القتل خطأ. وبهذا يجد القاضي نفسه يقوم بعملية القياس التي يحرمها مبدأ الشرعية الجزائية[3].

ثانيهما: إن القول بمسؤولية الطبيب الجزائية لمجرد أن خطأه قد حرم المريض من فرص شفاءه أو بقاءه على قيد الحياة مع كون السببية فيها مجهولة، يعني ذلك قيام القاضي بخلق جريمة لم ينص عليها المشرع. والثابت أن قانون العقوبات لا يعرف بعد ما يطلق عليه " جريمة الحرمان من فرص الشفاء أو البقاء عل قيد الحياة "[4].

2– قرينة البراءة وفوات الفرصة:

تعني قرينة البراءة " افتراض براءة كل شخص مهما تكن وزن الأدلة أو قوة الشكوك التي تحوم حوله، ويترتب على ذلك وجوب معاملته كبريء، مادام أن مسؤوليته لم تثبت بموجب حكم قضائي نهائي "[5].

---

[1]- د. أحسن بوسقيعه، ***الوجيز في القانون الجزائي العام***، دار هومه، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007، ص 50.

[2]- المرجع نفسه، ص 60 و61.

[3]- M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins*..., *op. cit*, p 340.

[4]- د. محمد سامي الشوا، ***مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها...***، مرجع سابق، ص 118.

[5]- د. محمد بودالى، ***الحماية الجنائية والمدنية لقرينة البراءة***، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2004، ص 31.

يرجع أصل هذا المبدأ إلى القرن 18، مع ميلاد النهضة الفلسفية والفكرية بصورة عرضية، ثم بصورة صريحة في كتاب المحامي الإيطالي المشهور بيكارا تحت عنوان "الجرائم والعقوبات" الصادر في سنة 1764، قبل أن يقرره إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 في مادته التاسعة، والتي تنص: " إن الأصل في الإنسان البراءة حتى تتقرر إدانته "، وكذا المادة السادسة في فقرتها الثانية من الاتفاقية الأوروبية للحفاظ على حقوق الإنسان وحرياته الرئيسية والتي اعتبرتها إحدى متطلبات ودعائم " المحاكمة العادلة "[1].

وقد تمسكت معظم تشريعات الدول بما فيها التشريع الجزائري[2] بهذا المبدأ لما يكفله للفرد من حماية لحريته الشخصية، فهو بمثابة ضمانة ضد تعسف السلطة إذ تحقق نوعا من الوقاية من مخاطر سوء الاتهام من النيابة العامة والاقتناع المتعجل لقضاة الموضوع[3].

يعني افتراض البراءة إعفاء المتهم من إثباتها. ويقع على جهة الاتهام عبء إثبات وقوع الجريمة طبقا للقانون، ولها أن تستعين بكل الوسائل التي تسمح لها بالاضطلاع على مهامها، ويحكم القاضي بعدها بناء على اقتناعه الشخصي. وإذا كان اليقين المطلق ليس مجاله علم القانون أو الطب، فإنه ينبغي مع ذلك ألاّ يكوّن القاضي اقتناعه الشخصي بناء على احتمالات شخصية[4] أو نظرية، حيث لا يعلم على وجه اليقين ما إذا كان خطأ الطبيب هو سبب الضرر اللاحق بالمريض من عدمه[5].

---

[1]- د. محمد بودالى، ***الحماية الجنائية والمدنية لقرينة البراءة***، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2004، ص 31.

[2]- تنص المادة 45 من دستور 1996 معدل ومتمم على ما يلي " كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون".

[3]- د. محمد بودالى، ***الحماية الجنائية والمدنية لقرينة البراءة***، مرجع سابق، ص 34 و35.

[4]- أكد القضاء الجزائري على وجوب تمسك قضاة الموضوع بالاحتمالات الموضوعية لتقرير المسؤولية الجزائية، وذلك من خلال القرار الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا، والصادر بتاريخ 29 فيفري 2000 كالتالي: *" إن قضاة الموضوع لما قضوا بإدانة المتهم بجنحة إخفاء أشياء مسروقة اعتمادا على احتمالات غير موضوعية، وقرائن غير كافية، ودون إبراز العناصر الأساسية للجنحة، قد عرضوا قرارهم للنقض للقصور في التسبيب. "*، مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الجنح والمخالفات، عدد خاص (الجزء الأوّل)، 2002، ص 159.

[5]- د. محمد سامي الشوا، ***مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها...***، مرجع سابق، ص 119.

وحماية لقرينة البراءة، يشترط أن يكون الدليل الذي يستند إليه الحكم القضائي قد توصلت إليه المحكمة التي أصدرته على سبيل الاقتناع والجزم الدالين على أن المتهم هو الذي ارتكب الفعل. وإذا لم تصل المحكمة إلى هذه الدرجة من الاقتناع، فلا يجوز لها قانونا الحكم بالإدانة. وبتعبير آخر، عليها أن تحكم بالأصل وهو" البراءة "، عملا بمبدأ مفاده أن الأحكام الجزائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الاعتقاد والشك الذي يؤول لمصلحة المتهم[1].

تعد قرينة البراءة ذات أهمية معتبرة، خاصة بالنسبة للأطباء، نظرا لما تعكسه المساءلة الجزائية من آثار سلبية على سمعتهم. لذا متى برز أدنى شك في رابطة السببية بين خطأ الطبيب ووفاة المريض مثلا، تعيّن على القاضي الحكم بالبراءة. وهذا ما عبر عنه القضاء الجزائي البلجيكي الرافض لفكرة فوات الفرصة في قضية " بارب Barbe"، حيث قرر أن نسبة 10% الباقية والتي تعتبر كسبب طبيعي للوفاة التي، ورغم ضآلتها، فهي تزرع الشك في علاقة السببية ومن ثم يتعيّن الحكم ببراءة الطبيب[2].

والتحليل نفسه سار عليه القضاء الفرنسي بصدد قضية " موي Moy " بتاريخ 9 جانفي 1979، أين نسب للطبيب خطأ في عدم استعانته بطبيب أخصائي التخدير أثناء قيامه بالصدمة الكهربائية لمريض كان تحت مفعول تخدير كلي، فانتابته فجأة أزمة قلبية مصحوبة باضطراب تنفسي، لم يستطع الطبيب التغلب عليها فآلت إلى وفاة المريض.

رغم وجود إهمال من جانب الطبيب، إلاّ أنه لا يرقى إلى درجة السبب المنتج للوفاة، وسارت محكمة النقض على هذا المنوال، إذ قررت أنه " إذا كان خطأ الطبيب قد ضيّع على المريض فرصة في الشفاء، إلاّ أن ذلك لم يكن السبب المؤكد للوفاة "[3]، ومن ثم يتعين النطق ببراءته.

---

[1]- د. أحمد حبيب السماك، ***قرينة البراءة ونتائجها***، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة، العدد 67، 1997، ص 260.

[2]- Voir, *supra*, p 84 et 85.

[3]-Cass. Crim, 9 janv. 1979 : « Si la faute du médecin avait fait perdre au malade une chance de survie, elle n'était pas la cause certaine de la mort ». Cité in : Christiane HUNNEAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal…*, *op. cit*, p 234.

تأثرت محكمة النقض الفرنسية ببعض الانتقادات الموجهة لنظرية فوات الفرصة باعتبارها وسيلة لتهرب القضاة من مهمة إثبات رابطة السببية، وأن استعمالها المتردد يؤدي إلى تغيير طبيعة التزام الطبيب، فذهبت على إثرها، وبموجب قرارها الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1982، إلى حصر دور نظرية فوات الفرصة في حدود تقدير حجم الضرر اللاحق بالمريض باعتبارها ضررا معوضا عنه[1].

---

[1]-Cass. 1ère Civ, 17 nov. 1982 « …La perte de chance ne peut concerner que l'évaluation du préjudice… ».

لم يمنع هذا القرار القضاء الفرنسي على الاستمرار في الاستناد على نظرية فوات الفرصة كوسيلة لتيسير مهمة إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر النهائي، وذلك لتجسيد نوع من الحماية للمريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية. وهذا ما تعكسه القرارات القضائية الصادرة بعد قرار 17 نوفمبر 1982، سواء تجسد فعل الطبيب في خطإ فني أو خطإ متعلق بأخلاقيات مهنة الطب وبالأخص الإخلال بالالتزام بالإعلام. أنظر:

Frédéric DESCORPS DECLAIRE, *La cohérence de la jurisprudence de la cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin*, rub Chron, D., n°11, 2005, p 742.

الفصل الثاني

فوات الفرصة ضرر خاص معوض عنه

تدخل مسألة التمييز بين الضرر المحتمل وفقدان الفرصة ضمن السلطة التقديري للقاضي المدني، إذ كثيرا ما تمزج المحاكم بينهما ولا تحكم عنهما بالتعويض. إلاّ أنه لما كان الضرر المحتمل هو الضرر الذي لم يقع بعد وليس محقق الوقوع في المستقبل، فمثل هذا الضرر لا يجوز التعويض عنه. عكس فقدان الفرصة التي، وإن كان تحققها أمرا محتملا، إلاّ أن حرمان صاحبها من محاولة تحققها بسبب خطأ الطبيب يعتبر بمثابة ضرر محقق لا بد من التعويض عنه. وعلى هذا الأساس يعتبر فوات الفرصة ضررا محققا والشفاء كسبا احتماليا، ويشكلان معا الضرر في فوات الفرصة **(المبحث الأوّل)**.

وإذا كان التمييز بين الضرر المحتمل وفقدان الفرصة لا يثير في الوقت الحالي صعوبات، فإن الأمر على خلاف ذلك عند البحث في مسألة تقدير التعويض عن فوات الفرصة خاصة في مجال المسؤولية الطبية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأوّل

الضرر في فوات الفرصة

ينبغي توافر ضررين مغايرين للقول بثبوت ضرر من جراء فوات فرصة ما، وهذين الضررين هما: الفرصة الضائعة والضرر النهائي. وحين ينعدم هذا الأخير لا يكون ثمة مجال لإثارة الفرصة ضائعة، ولا يمكن إدعاء وقوع أية خسارة. لكن بثبوت الضرر النهائي مع انعدام السببية الأكيدة بينه وبين الخطأ الطبي الثابت، فإنه من المشروع التمسك بضرر الحرمان من تلك الفرصة بغرض منح تعويض جزئي للمريض. هنا تبرز ازدواجية الضرر في فوات الفرصة **(المطلب الأول)**.

تستوجب ازدواجية الضرر التمييز بين الفرصة الضائعة والضرر النهائي، لأنهما أمرين مختلفين، لكن هذا الاختلاف لا يمنع من الربط بينهما وفق علاقة تبعية لها بالغ الأثر في تقدير وجود ضرر فوات الفرصة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

ازدواجية الضرر في فوات الفرصة

تعتبر فوات الفرصة ضررا خاصا بوجود ضررين مختلفين، الفرصة الضائعة من جهة أولى، والتي تمثل الضرر الأوّلي أو المحقق **(الفرع الأول)** المعوّض عنه، والحالة النهائية للضحية من جهة ثانية، والتي تمثل الضرر النهائي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأوّل

الضرر الأوّلي أو المحقق: الفرصة الضائعة

يقتضي تحديد مفهوم ضرر الحرمان من الفرصة، تمييزه عن بعض الحالات الأخرى **(أوّلا)**. كما لا يكفي الإدعاء بتوافر الفرصة للحصول على التعويض، بل لا بد أن يتوصل القاضي، وفق سلطته التقديرية، إلى اعتبار ذلك الضياع ضررا محققا حتى يمكن القول بوجود الفرصة **(ثانيا)**.

أوّلا: تمييز فوات الفرصة عن بعض الحالات الأخرى

تتميز فوات الفرصة عن بعض المفاهيم القانونية مثل الفرضية (1) وحالة التعرض للخطر(2).

1- تمييز فوات الفرصة عن الفرضية:

يشترك كل من فوات الفرصة والفرضية في عنصر الصدفة، إلاّ أن الفرضية لا يمكن إثبات تحققها بدلا من فرضية أخرى، أما الفرصة فهي من مجال الاحتمالات، هذه الأخيرة تسمح بجعل الضرر أكيدا بإسناد نسبة معينة من احتمال تحققها من عدم ذلك. لكن عندما يكون هذا الضرر مجرد فرضية، فرغم وجود إمكانية تحققه، إلا أن ذلك يبقى أمرا افتراضيا[1].

فمتى كان احتمال تحقق الفرصة احتمالا كافيا، يشكل فواتها ضررا محققا واجب التعويض عنه. أما الفرضية فهي مجردة من هذه الميزة، بحيث أنه إذا أصبح تحققها أمرا

---

[1]- M. BERAUD, *Le principe de la réparation...*, *op. cit*, p 4.

مستحيلا، فإنّ الشخص الذي كان يأمل في تحققها لم يضيع في الحقيقة أمرا بقدر من الأهمية، وبالتالي لا يمكنه طلب تعويض هذا الضياع، ما دام أن الضرر المترتب عنه ما هو إلا ضررا افتراضيا[1].

2-تمييز فوات الفرصة عن التعرض للخطر:

يمكن اعتبار حالتي التعرض للخطر وفوات الفرصة حالتين متماثلتين تخضعان لنفس القواعد، لأنه في كلتا الحالتين، يكون الفعل الضار قد منع الضحية من التمتع بالنتيجة المرجوة من السير العادي للأمور، مع عدم إمكانية التحديد الدقيق للسبب الحقيقي لهذا المساس، والذي قد يكون نتيجة للصدفة أو الفعل الضار أو عوامل أخرى غير معروفة[2].

يعني الخطر إمكانية تحقق واقعة سلبية. أما فوات الفرصة فهي تمثّل احتمال تحقق واقعة إيجابية، ففي نظر البعض[3]، أن استعمال عبارة: " بسبب الحادث ضيّع الأولياء فرصة الحصول على مساعدة من ابنهم " ليس صحيحا، ، بل الأدق القول أنه: " بسبب الحادث الذي تعرض له الابن، هناك خطر على الأولياء في عدم الحصول على المساعدة". لكن، اعتبرت الأكاديمية الفرنسية العبارة الأولى صحيحة.

تميّز محكمة النقض الفرنسية بين حالة فوات الفرصة والتعرض للخطر، والتي رفضت كل طلب يتضمن تعويض الضرر الاحتمالي، فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ 16 جوان 1998 أنه: " إذا كان الخطر أكيدا فهذا غير كاف للتأكيد بثبوت فوات الفرصة، فالضرر الناتج لا يعتبر سوى ضررا احتماليا "[4].

---

[1]- Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6ème édition, Dalloz, Paris, 2006, p 388.

[2]- Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *conditions de la responsabilité*, *op. cit*, p 71.

[3]- Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité…, *op. cit*, p 388.

[4]- Cass. 1ère Civ. 16 Juin 1998 : « Un risque fut-il certain ne suffit pas à caractériser la perte certaine d'une chance, le préjudice qui en résulte étant purement éventuel ». Cité in : M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 3.

عند الحديث عن وضعية تحقق الخطر، فإنه وبمجرد حدوث الضرر النهائي، يمكن القول على وجه اليقين أن هذا الضرر النهائي هو نتيجة لتحقق الخطر المؤمن عليه مثلا، وبالتالي ثبوت علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين الفعل الضار والضرر النهائي.

وقد عرّفت الأستاذة (تاشيني لافورست) " Tacchini LAFOREST " وضعية التعرض للخطر على أنها " إنشاء الشخص، بإهماله أو عمدا، حالة ضرر، وهي تشكل حالة التحقق المتوقع للخطر "[1]. فبتحقق الخطر يكون الضرر النهائي ضررا أكيدا، أما إذا لم يتحقق، فإنّ الضرر النهائي يبقى ضررا احتماليا. أما عند الحديث عن فوات الفرصة، فإنّه وبمجرد إثبات تحقق الضياع، فإنّ الفرصة أصبحت من الماضي بصفة نهائية، أما علاقة السببية بين الخطأ والضرر النهائي فتعد علاقة غير أكيدة.

ففي مجال نقص الإعلام مثلا، فإنّ الضرر النهائي ما هو في حقيقة الأمر إلاّ نتيجة لتحقق الخطر. وقد اتجه القضاء الفرنسي إلى تعويض هذا الضرر النهائي. فبمناسبة عدم إعلام المكتب السياحي لزبائنه بأن الفندق الذي نزلوا فيه لم يؤمن ضد الحريق الذي اندلع فيه، يشكّل التعرض للخطر بسبب هذا الإهمال، ضررا قائما في حدّ ذاته، وهو مختلف عن ضرر فوات الفرصة، لذا لا بدّ من تعويض الخسارة التي لحقت بالزبائن نتيجة لتحقق الخطر[2].

يكون تعويض الخطر تعويضا إجماليا، كلما كان خطرا حقيقيا وكانت الخسارة المترتبة عن تحققه جسيمة.

---

[1] -« *Comme le fait pour une personne, volontairement ou par négligence, de créer une situation telle qu'un dommage en est résulté. Elle constitue la réalisation prévisible du risque* ». Cité in : M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 3.

[2] - Cass. 1ère Civ, 3 Novembre 1983: « La cour d'appel qui répare l'intégralité d'un dommage causé par l'incendie aux clients d'un hôtel, qu'une agence organisatrice du voyage savait non assuré, ne sanctionne pas la perte de chance qui avait existé Lors de la négligence retenue mais la réalisation du risque que la dite négligence avait fait courir aux clients de l'agence de voyage ». Cité in : G. VINEY, P. JOURDAIN, Traité de droit civil, *Les conditions…*, *op. cit,* p 72.

أما في مجال المسؤولية الطبية، فإن الأمر ليس بهذه البساطة، إذ يصعب وضع خط يفصل بين فوات الفرصة والتعرض للخطر بسبب نقص في الإعلام حول إمكانية تحققه، وهذا راجع لتعقد جسم الإنسان، إذ عادة ما يتم تعويض التعرض للخطر عن طريق فكرة فوات الفرصة ومنح تعويض جزئي للضحية[1].

كما اتجه القضاء الفرنسي إلى منح تعويض إجمالي عن الضرر النهائي، وذلك بالتمسك بفكرة مفادها " *الإنشاء الخاطئ لخطر لا مبرر له* "[2]، وهذا رغم الشك القائم حول رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي[3].

في مثل هذه الحالات، يصعب القول على وجه اليقين أنه بغياب الفعل المنشئ للخطر، يمكن تجنب الضرر اللاحق بالضحية، بل يمكن فقط القول أنه هناك فرصة لعدم تحققه. فرغم الشك الذي يحوم حول رابطة السببية إلاّ أن القضاء الفرنسي يقرّ بالمسؤولية على أساس فكرة " *التوقع الموضوعي لحدوث الخطر* "[4] كوسيلة لتقوية رابطة السببية[5].

بصفة عامة، ينقسم موقف القضاء الفرنسي في إطار المسؤولية الطبية إلى اتجاهين، غرضهما الوحيد والمشترك، والذي تم التوصل إليه بطريقة مغايرة، هو تسهيل عبء إثبات رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي. فالأوّل يستعين بفكرة " فوات الفرصة " ويمنح بالتالي تعويضا جزئيا، والثاني يلجأ إلى فكرة " الإنشاء غير المبرر للخطر " لتبرير التعويض الإجمالي للضرر النهائي.

---

[1] - Cass. 1ère Civ : 17 Nov. 1969, 5 Nov. 1974, 9 Mai 1983, 7 Fév. 1990, 29 Juin 1999, 20 Juin 2000, et autre. Cité in: Nathalie ALBERT, *Obligation d'information médicale et responsabilité*, *op. cit*, p 359.

[2]- « *Création fautif d'un risque injustifié* ».

[3]- Cass. 1ère Civ 1 Juin 1976, Cass. Civ 20 Fév. 1979 et autres. Cité in: Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *Les conditions…*, *op. cit*, p 202.

[4] - « *Prévisibilité objective du risque* ».

[5]- Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *Les conditions…*, *op. cit*, p 192.

تعني الفرصة الطريقة التي يتوقف عليها تحقق واقعة ما، فهي طريقة من طرق حدوث واقعة قدرية، أي واقعة احتمالية تقع إثر تحقق شروط غير معلومة مسبقا، وفقا لقدرية الحوادث. لذلك فالمقصود بالفرصة إمكانية التحقق واحتماله، وتوضّح مدى اقتراب الاحتمال إلى التحقق واليقين. وبعبارة أخرى، تعني الفرصة " *إمكانية واحتمال تحقق واقعة ما* ".

تطلق كلمة "فرصة" ليس فقط على طريقة وإمكانية تحقيق أمر أو واقعة ما، بل تطلق أيضًا على الواقعة القابلة للتحقق ذاتها، والتي غالبا ما يكون المقصود بها حدثا سارا ومرغوبا فيه، والذي يمثل في مجال القانون الكسب الاحتمالي المأمول تحقيقه[1].

إذا استعملت كلمة " فرصة " في صيغة الجمع أي" فرص "، فإنّها تفيد المعنى نفسه لكن منظور إليه من زاوية أخرى. فإذا كانت الفرصة تعني الاحتمال، فإنّ "الفرص" توضح مدى هذا الاحتمال، لذا يقال أن نظرية الفرص وحساب الاحتمالات تعني الشيء نفسه، فاحتمال واقعة ما يعني تحديد نسبة وفرص لإمكانية وقوعها. هكذا نجد ارتباطا قويا بين الفرصة والاحتمال، فكلاهما تعبير للظاهرة نفسها، فالفرصة هي احتمال تحقق أمر ما، هو في ذاته محتملا، ليس محققا ولا مستحيلا[2].

تشترك كل من الفرصة والتعرض للخطر ومجرد الافتراض في عنصر الاحتمال أو الشك. فعند غياب هذا الاحتمال، لا يكون لفوات الفرصة أيّ وجود، مادام أن الضرر النهائي هو ضرر محقق باعتباره نتيجة مباشرة للفعل الضار. لذا من المشروع التساءل: هل بتحقق فرصة الشفاء، يمكن للمريض تجنب الضرر النهائي؟. هنا يكمن الشك الذي يتعين على القاضي مهمة تفسيره[3].

تقول الأستاذة "فكاري" (VACARIE) بهذا الشأن: " تثير الفرصة واقعة محتملة يمكن توقع حدوثها من عدمه، كالحادث المفاجئ الذي يكون وقوعه أمرا غير

---

[1] - André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 12ème édition, P.U.F, Paris, 1976, p 137 et 138.

[2] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأوّل، مرجع سابق، ص 110 و111.

[3] - M. BERAUD, *Le principe de la réparation*..., *op. cit*, p 4.

متوقعا أو أمرا لا يمكن تفسير كيفية وقوعه. فمثل هذه الوقائع لا يمكن للإنسان التحكم فيها، فالفرصة تبدأ من النقطة التي ينتهي فيها مجال تحكم الإنسان في الوقائع. لذلك يسند للفرصة عدة صفات كالأمر غير المتوقع، وغير معلومة، وغير أكيدة، وأمر فجائي وغيرها "[1].

القانون علم يحتاج إلى صيغة التأكيد واليقين، فهو يستعين بعلم آخر وهو علم الرياضيات[2]، بهدف هدم حاجز الشك وجعل الضرر المترتب عن ضياع الأمر المشكوك فيه، ضررا محققا لا بدّ من تعويضه. بهذه الطريقة يمكن إثبات وجود الفرصة من عدمها.

ثانيا: وجود الفرصة

يقع على المدعي بوجود الفرصة أو بانعدامها عبء إثبات ذلك (1)، ولقاضي الموضوع سلطة تقدير ذلك الوجود، مع العلم أنه يخضع في مهمته هذه لرقابة محكمة النقض (2).

1- الملتزم بإثبات وجود الفرصة:

إعمالا للقواعد العامة، يقع عبء إثبات وجود فرصة جدية وحقيقة على مدعيها. فلا يكفي ثبوت إهمال الطبيب وعدم عنايته بالمريض بل يجب على هذا الأخير إثبات تمتعه بفرص في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة قبل التدخل الطبي، وما على الطبيب أن يثبت أن تدخله لم يكن ليغيّر شيئا في حالة المريض الصحية حتى

---

[1] - « *La chance évoque aussi bien un événement aléatoire qui peut se produire comme ne pas se produire, qu'un événement fortuit, dont la survenance était imprévisible ou demeure inexpliquée. Autant d'événement non maitrisée par l'homme : la chance commence ou s'arrête le pouvoir humain. Et il est vrai que l'on attribue à la chance, l'imprévu, l'imprévisible, l'inconnu, l'incertain, l'inexplicable, le fortuit,…* ». Cité in: M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 4 et5.

[2] - R. Descartes : « *Les mathématiques ont des inventions très subtiles et qui peuvent beaucoup servir, tant à contenter les curieux qu'a facilité tous les arts et à diminuer le travail des hommes* ». Cité in: Fréderic PUIGSERVER, *L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière : une tentative d'unification*, R.F.D.A, rub Resp, n°5, 2008, p 1036.

يدفع المسؤولية. فوجود أدنى شك في تحس حالة المريض الصحية بالتدخل الطبي الفعّال يفيد الطبيب في دعوى التعويض عن فوات الفرصة.

لكن تثير مهمة إثبات الفرصة في المجال الطبي بعض الصعوبات، فلكي يتمكن ورثة المتوفي مثلا إثر عملية جراحية من التدليل على تمتع مورثهم بفرصة في الشفاء أو في البقاء على قيد الحياة، فإن ذلك يقتضي منهم إثبات السبب الحقيقي للوفاة، وهو أمر مستحيل في غالب الأحيان. إذ كيف يمكنهم تقرير ما إذا كان الجراح يمكنه تفادي وفاة المريض بإتباع أسلوب معين في الجراحة أو تفادي الوفاة لولا الخطأ الثابت؟.

هذه الصعوبة العملية دفعت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها إلى إعفاء المدعي من عبء هذا الإثبات، وعلى سبيل المثال، القرار الصادر بتاريخ 25 ماي 1971 أين قضت بمسؤولية الطبيب والممرضة عن فوات فرصة على المريضة في بقاءها على قيد الحياة رغم كون أسباب الوفاة غير معروفة على وجه التأكيد واليقين، وركزت محكمة النقض في قرارها على خطأ الطبيب في موافقته على إخراج المريضة من المستشفى رغم إصابتها بحمى شديدة[1].

2- سلطة قاضي الموضوع ورقابة محكمة النقض على وجود الفرصة

سلطة قاضي الموضوع في تقرير وجود فرصة جدية وحقيقية وضياعها ما هي إلاّ تطبيق للقواعد العامة المسلم بها، والتي تقضي بأن قاضي الموضوع يملك سلطة مطلقة قي تقدير وجود الضرر. ولما كان فقدان الفرصة بمثابة نوع أو تطبيق خاص للضرر، فإنه يخضع بالتالي لهذه السلطة التقديرية.

يقيم القاضي عند تعويضه لفوات الفرصة وزنا كبيرا لعنصر الاحتمال في تحقق الفرصة، وذلك بالمقابلة والمقارنة الجدّية بين الفرص الإيجابية التي تكون في صالح المضرور، والفرص السلبية التي تكون في غير صالحه، وذلك بعد تحديد المرض والخطر الذي يتوقع المريض استبعاده من خلال التدخل الطبي[2].

[1]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تقويت الفرصة***، القسم الأوّل، مرجع سابق، ص 118 و119.

[2]- المرجع نفسه، ص 121.(=)

ففي القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 10 مارس 1966، وإثر وفاة امرأة بعد عملية الولادة الطبيعية، قضت بمسؤولية الطبيب المعالج عن فوات فرصة في بقاء المريضة على قيد الحياة، وذلك نظرا لامتناعه عن تقديم العناية، دون إثبات رابطة السببية بين الخطأ والوفاة. وقد تبيّن من تقرير الخبرة أن الوفاة كانت بسبب تجلط الدمFibrinolyse، وهي ظاهرة نادرة الحدوث في حالات الولادة الطبيعية، إذ بينت الإحصائيات أن نسبة الوفيات تتراوح بين 15 و20%، وهي النسبة التي تمسكت بها المحكمة لتبرير قرارها.

وبتعبير آخر، تمسك قاضي الموضوع بالفرص الإحصائية لتطور المرض وليس بالفرص الفردية الخاصة بالحالة الصحية للمريض، والتي يجب الأخذ بها لتقرير المسؤولية عن فوات الفرصة. ففي هذه القضية استعان القاضي بنظرية فوات الفرصة كوسيلة لتغطية نوع من " السببية المفترضة "Hypothétique وليس " السببية الاحتمالية " بين الخطأ الطبي والوفاة[1].

لكن هذه السلطة التقديرية مقيدة برقابة محكمة النقض، والتي تحرص على صحة الاستخلاص الذي يتوصل إليه قاضي الموضوع فيما يتعلق بجدية الفرصة ومشروعيتها، وما إذا اعتد بفقدانها أو أغفل ذلك. لكن هذه الرقابة بدورها مقيدة بما هو معترف به لقضاة الموضوع من سلطة تقديرية فيما يتعلق بمسائل الإثبات، بمعنى، وجود أيّ شك دون الاعتداد بفوات الفرصة، وكذلك فيما يتعلق باستخلاص القرائن الكافية الدالة على الإثبات.

(=)أما فيما يتعلق بدعوى المسؤولية ضد المحامي، فإن القاضي يقوم بتقدير احتمالات نجاح الدعوى المفقودة بسبب خطأ المحامي بناء على معطيات الواقع ومفترضاته. فإذا أشارت كل الدلائل إلى نسبة احتمال كافية لكسب القضية، قضت للعميل بتعويض يعادل الضرر الناتج عن فقدان فرصة ممارسة حق الطعن باعتباره ضررا محققا. أما إذا كانت نسبة الاحتمال منعدمة، وأن الدعوى كان مصيرها الفشل، فلا مجال للتعويض، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 17 جويلية 1972. راجع: د. محمد عبد الظاهر حسين، ***المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل***، مجموعة رسائل دكتوراه، مصر، د.س، ص 401.

[1] - Jean PENNEAU, *La responsabilité médicale*, *op. cit*, p 121 et 122.

في حالة فوات فرصة كسب دعوى معروضة أمام القضاء، يمكن لمحكمة النقض التعمق في ممارسة رقابتها على قاضي الموضوع فيما يتعلق باستخلاص وجود الفرصة الجدّية والحقيقية التي يترتب عن فواتها الحق في التعويض، لأن موضوع الدعوى يدخل ضمن تخصصها، فتكون هي الأولى بتحديد الحل الذي يمكن أن يصل إليه النزاع، وبالتالي تحديد نسبة الفرص التي يتمتع بها المدعي في ربح النزاع[1].

في هذا الصدد، تدخلت محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر بتاريخ 3 جوان 1988 بتقريرها أنه رغم ثبوت خطأ المحامي في امتناعه عن دفع الوثيقة التي قدمها له موكله إثر إجراءات سير دعوى، إلاّ أن ذلك لن يؤثر على النتيجة التي آلت إليها الدعوى. وبتعبير آخر، لم يتمتع الموكل بأية فرصة في ربح القضية، وبالتالي لا يترتب عن خطأ المحامي أيّ ضرر يمكن للموكل إثارته تجاهه[2].

الفرع الثاني

الضرر النهائي أو الاحتمالي: الحالة النهائية للضحية

الضرر الاحتمالي أو الكسب الاحتمالي الذي كان يأمل المدعي تحقيقه أو تجنبه، قد يكون إيجابيا بتحقيق كسب ما، وقد يكون سلبيا بتجنب خسارة معينة. وبطبيعة الحال، يجب أن يكون محتملا أو ممكن التحقق،أي بتوافر فرصة أو فرص ترجح تحقيقه. فهو يختلف في المسؤولية المدنية **(أوّلا)** عنه في المسؤولية الطبية **(ثانيا)**.

أوّلا: الضرر الاحتمالي عند إثارة فوات الفرصة في إطار المسؤولية المدنية

يترتب عن فقدان الفرصة التي تسعى إلى تحقيق كسب إيجابي عدة صور وتطبيقات للضرر الاحتمالي بما فيها خسارة حق متنازع فيه (1) أو فقدان مركز دراسي أو مهني (2) أو الحرمان من المساعدة والإعالة (3).

---

[1]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأوّل، مرجع سابق، ص 122.

[2]- Cass. Civ, Ass. Plén, 3 juin 1988 : « …Ne présentait aucune chance de succès…, d'aucun préjudice résultant directement de l'omission fautive reprochée à leur avocat… ». Cité in: Caroline RUELLAN, *La perte de chance en droit privé*, *op. cit*, p 737.

1-خسارة حق متنازع عليه:

تتمثل الصورة التقليدية لفكرة فوات الفرصة في إطار المسؤولية المدنية، في فوات فرصة ممارسة حق التقاضي، إذ صدر أول قرار في هذا الشأن سنة 1889 بسبب تقاعس الوكيل القضائي في تقديم الطعن في الميعاد القانوني، مما أفقد الموكل حقا من حقوقه وخسر بالتالي القضية.

تعد هذه الخسارة ضررا احتماليا نظرا لعدم ثبوت علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين خطأ الوكيل وخسارة القضية التي تعكس الحالة النهائية التي يتواجد فيها المضرور، لذا يتم التعويض عن فوات الفرصة في تقديم حق الطعن باعتباره ضررا محققا، ولو لم تكن نتيجة الطعن مضمونة[1].

لا يجد قاضي الموضوع صعوبة في تقييم الأخطاء المرتكبة من الوكيل القضائي، وكذا في منح التعويض عن فوات فرصة ممارسة حق الطعن مثلا، لأن ذلك يدخل ضمن تخصصه ولا حاجة للجوء إلى الخبرة لتقييم الفرصة الضائعة، فهو يدرس بنفسه ملف القضية، فإذا تبيّن له أن القضية كانت ستؤول لصالح المدعي قضى له بالتعويض عن فوات الفرصة، أما إذا تبين له عكس ذلك، فلا يحكم بالتعويض[2].

---

[1] - ضياع فرصة كسب حق متنازع فيه نتيجة إهمال المحامي بتقديم لمذكرة الدفاع بعد إقفال باب المرافعة، فلم تعرض بالتالي على الجلسة، إهمال المحضر في إعلان عريضة الدعوى...، وقد جرى القضاء المصري منذ زمن طويل على تعويض فوات الفرصة في كسب حق محل نزاع كالقرار الصادر بتاريخ 7 أفريل 1910، والذي جاء فيه ما يلي : "...إذا اتضح من ملابسات الدعوى احتمال نجاح الشفعة "مما يفهم منه بأنه ربط التعويض عن ضياع الفرصة بتوافر احتمالات قوية على نجاح الشفعة. يؤدي ذلك إلى القول أن المحكمة مزجت بين التعويض عن ضياع الفرصة والتعويض عن خسارة الحق في الشفعة. راجع: د. محمد عبد الظاهر حسين، ***المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل***، مرجع سابق، ص 409. وقضت محكمة النقض المصرية في 29 أفريل 1965 بأنه " ليس في القانون ما يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان من رجحان كسب فوّته عليه العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه". نقلا عن:

د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأول، مرجع سابق ، ص 89 .

[2]- Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice*..., *op. cit*, p 33 et 34.

يتمسك القاضي بمقدار احتمال نجاح الاستئناف مثلا، فإذا ظهر أن نجاحه كان مؤكدا حكم للمستأنف بتعويض يعادل قيمة الحق الذي ضاع عليه، وإلاّ حكم له بتعويض جزئي يتناسب مع احتمال نجاحه. لكن لا يجوز للقاضي المعروض عليه طلب التعويض عن فوات فرصة حق التقاضي، أن يفصل في حقوق الخصام الأصلية كما لو(=)

2- فقدان مركز دراسي أو مهني:

يظهر الضرر الاحتمالي الذي لحق بالمدعي من ضياع الفرصة، في حرمانه مما كان ينتظر حصوله من شهادة علمية أو دورة تدريبية تمكنه من الالتحاق بمهنة معينة أو تسمح له بتحسن مركزه الوظيفي، أو تمنحه ترقية أو ميزة في عمله.

يتميز الضرر الاحتمالي المترتب على فقد مركز دراسي أو مهني، ببعض الصعوبات التي تكتنفه، والتي ترجع إلى دقة وصعوبة تقدير وتحديد درجة احتمال هذا الضرر، وذلك نظرا لكونه يتوقف في العديد من التطبيقات على أمور أخرى خارجية، غير فوات الفرصة وإضاعتها، يصعب التكهن بها، وتحديدها، وإظهار دورها في إحداث الضرر، الأمر الذي يتعذر معه تحديد مدى احتمال الضرر ورجحان تحقيقه نتيجة تفويت الفرصة[1].

تظهر صعوبة تحديد الصفة الاحتمالية للضرر، في حالة التسبب في حرمان المدعي من فرصة استكمال التعليم أو الدراسة التي يجريها، لما تتطلبه هذه الحالة من ضرورة القيام بتقريرين للكسب الاحتمالي، وكلاهما مستقبلي يشوبه الغموض وعدم اليقين. إذ يجب أولا تقدير مدى احتمال النجاح في الامتحان أو المسابقة التي كان يزعم الاشتراك فيها، ويتعين ثانيا التنبؤ لما يترتب عن النجاح المحتمل، على فرض تحقيقه، من نجاح آخر يتمثل في الالتحاق بعمل معين أو الحصول على ترقية[2].

نظرا لما تتضمن هذه الحالات من احتمالين، واللذين يقللان فرص التحقق ويطغى فيهما الاحتمال أو الافتراض على الرجحان، فإنّ القضاء لا يتقبل بسهولة التعويض عن فوات الفرصة. وقد قرر القضاء، أن رسوب فتاة تبلغ من العمر التاسعة عشر، في شهادة البكالوريا بسبب حادث تعرضت له، لا يرتب ضررا، والذي يتمثل في فوات فرصة التحاقها بمهنة الصيدلة. نظرا لانعدام الضرر وكونه ضررا نظريا أو افتراضيا، فإن

(=)عرض عليه النظر في موضوع الدعوى. راجع: د. سليمان مرقس، ***المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية***، مرجع سابق، ص 140.

[1] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأول، مرجع سابق، ص 91.

[2]- Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice…*, *op. cit*, p 42.

الكسب الذي تدعي الفتاة أنها حرمت منه، والذي يتمثل في عدم التحاقها بمهنة الصيدلة لم يكن إلاّ نظريا، ومن ثمّ لا يوجد أيّ ضرر يتخذ كأساس لطلب التعويض[1].

وفي المقابل، توجد حالات أخرى، وإن لم يتم التيقن فيها من قدر الفرصة الضائعة، إلاّ أنها لا تكون مجرد وهم، بل يكون لها وجود وتأثير. ويتحقق ذلك إذا تبيّن أن الضرر الاحتمالي ينطوي على قدر معقول من الاحتمال بأن يكون وقوعه مرجحا، عندئذ يعتبر الحرمان من ذلك الكسب ضررا محتملا يستوجب التعويض عن فوات فرصة تحققه.

وتطبيقا لذلك، أيدت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف الذي عوّض عن الضررين المادي والأدبي، واللذان أصابا أرملة طالب بكلية الطب توفي إثر حادث تعرض له، معتدا في ذلك بالمستقبل الباهر والمركز المرموق الذي يحتمل أن يصل إليه الطالب لولا وفاته، خاصة أنه كان طالبا مجتهدا وبالسنة النهائية للتخرج، مما يتوقع له مستقبلا مشرقا[2].

إذا كان يتعين أن يصل احتمال الضرر إلى درجة الرجحان، فإنه يجب ألاّ يصل إلى درجة اليقين، وإلاّ اعتبر ضررا محققا يستوجب التعويض الكامل، وليس تعويضا عن مجرد فوات لفرصة تحققه فقط.

فإذا ثبت أن المدعية قد أنجزت دراستها بنجاح وكانت على وشك التعيين بوظيفة، فإن وفاتها نتيجة حادث مرور يبرر دعوى والدتها بالتعويض، ليس عن حرمان ابنتها من فرصة التعيين، بل عن حرمانها من ذلك التعيين. أي تعويضها عن ضرر محقق وليس عن مجرد فوات الفرصة.

تسري التفرقة بين الضرر الاحتمالي والضرر المحقق على الحرمان من ترقية أو مركز مرموق في العمل، فإذا كانت هذه الترقية تلقائية لا تحتاج إلى شروط أخرى غير

---

[1]- Cass. 1ère Civ, 12 Mai 1966 : « … La victime ne pouvait se plaindre d'avoir été privée des avantages d'une carrière, qui n'étaient que purement hypothétiques et qu'elle invoquait ainsi un préjudice incertain, non susceptible de réparation ». Cité in: Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice…*, *op. cit*, p 42.

[2] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأول، مرجع سابق، ص 93.

شرط المدة، فإن الحرمان منها بسبب الحادث يشكل ضررا محققا إذا كانت الترقية وشيكة الحصول. أما إذا كانت تخضع لمعايير أخرى، فإن الحرمان منها يشكل مجرد فوات فرصة تحقيقها إذا توافر احتمال ذلك[1].

3- الحرمان من المساعدة والإعالة:

عند الحديث عن المساعدات المالية والعينية التي يتحصل عليها بعض الأشخاص من قريب لهم، والذي توفي إثر حادث، فإنّ وفاته تؤثر على مركز هؤلاء الأشخاص، مما يرتب حرمانهم من تلك المساعدة والإعالة. فإذا كان هؤلاء الأشخاص محتاجين للمساعدة بالفعل وكانت الضحية ملتزمة بها، كالتزام الزوج بالنفقة على زوجته وأبناءه، فإنّ حرمانهم من هذه المساعدة يشكّل ضررا محققا يستوجب التعويض، وليس ضررا احتماليا ما دام أنه بعلاقة مباشرة مع الحادث المتسبب في الوفاة[2].

لكن الإشكال يثور عند إدعاء بعض الأشخاص أن المتوفي في الحادث كان سيساعدهم في المستقبل لولا تعرضه لذلك الحادث. وبتعبير آخر، يدّعون إصابتهم بضرر في المستقبل، والذي يتمثل في حرمانهم من قيام المضرور بمساعدتهم نتيجة وفاته.

يعتبر هذا الضرر ضررا مستقبليا، لأنه لا يوجد ما يؤكد تحققه. كما أن الحرمان منه قد يكون نتيجة لسبب آخر حتى لو بقي الشخص على قيد الحياة، لذا يبقى هذا الضرر مجرد ضرر احتمالي. والأمر نفسه، عندما يدعي المضرور أن الضرر سوف يتفاقم في المستقبل، وذلك نتيجة لما كان متوقعا من تحسن في المركز المالي للضحية، و مدى تأثير ذلك على إعالته له لو ظل على قيد الحياة[3].

قضت بعض المحاكم أن الحرمان من الكسب الاحتمالي يعتبر ضررا محتملا ومرجحا يستوجب التعويض عن تفويته والحرمان منه، لذا اعتد بفوات فرصة على الأم

---

[1]- قررت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر 13 نوفمبر 1958 مايلي: " ...إن تفويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته إلى المعاش بغير وجه حق، عنصرا من عناصر الضرر التي يجب النظر في تعويض الموظف عنها...". نقلا عن: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأوّل، مرجع سابق، ص 95.

[2] - Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice*..., *op. cit*, p 45.

[3] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأوّل، مرجع سابق، ص 98.

في مساعدة وإعالة ابنها لها عند كبر سنها متى كان الاحتياج إلى النفقة قريبا وليس بعيدا[1].

هناك عدة حالات أخرى[2] للضرر النهائي الاحتمالي الذي يعكس التعويض عن فوات الفرصة باعتباره ضررا محققا، إذ تمتد هذه الحالات لتشمل المسؤولية الطبية التي يتخذ فيها الضرر النهائي صورة عدم الشفاء أو الوفاة أو تحقق الخطر أو انتقال العدوى.

ثانيا: الضرر الاحتمالي عند إثارة فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية

يبرز الضرر الاحتمالي عند إثارة فوات الفرصة في المجال الطبي سواء في صورة تحقق الخطر الذي كان يأمل المريض تجنبه وراء التدخل الطبي (1) أو في صورة الولادة أو الولادة المعاقة (2).

1- تحقق الخطر

يظهر الخطر عادة في العجز أو الوفاة (أ) أو في انتقال العدوى بصفة خاصة (ب).

أ- تحقق خطر العجز أو الوفاة

في المجال الطبي، يبرز أكثر التمييز بين الضرر الأولي والضرر النهائي، فعبارة الحالة النهائية للضحية تشمل حالته الصحية النهائية (العجز المؤقت أو الدائم، تدني قواه الجسمية أو العقلية أو حتى الوفاة) وكذا وضعية ذمته المالية.

---

[1] - Trib de Gr Instance de Paris, 9 Juil. 1975. Cité in: Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice*..., *op. cit*, p 45.

[2] - احتمال الكسب في سباقات الخيل، احتمال الكسب في عمليات البورصة، احتمال الكسب الذي قد يترتب عن تنفيذ العقد... لمزيد من التفصيل، انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأوّل، مرجع سابق، ص ص 101 _ 104. أو

Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*..., *op. cit*, p 390 et 391.

يدرج المشرع الجزائري فوات الكسب ضمن عناصر ومشتملات التعويض التي يستوجب على قاضي الموضوع أخذها بعين الاعتبار عند تقديره للتعويض عن الضرر، وذلك طبقا لنص المادة 1/182 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ج.ر عدد 78 لسنة 1975، والتي تنص: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به...".

هذه الحالة النهائية التي يتواجد فيها المريض بعد التدخل الطبي لا يمكن إسنادها للخطأ الطبي، ما دام أن الشك يطغى على علاقة السببية، لذا يتم التمسك بفوات الفرصة في الشفاء أو في البقاء على قيد الحياة أو في الحصول على نتائج أفضل متى كان الشفاء أمرا يحتمل تحققه، أي بتوافر فرص ترجح تحقيقه.

عندما يتجسد الخطأ الطبي في إخلال الطبيب بالتزامه بإعلام المريض حول إمكانية وقوع خطر ما، فإنّ الضرر النهائي الذي سعى المريض إلى تجنبه هو " الألام الناتجة عن تحقق الخطر"، أي " الإصابة بالضرر الجسماني " نتيجة تحقق الخطر الذي لم يعلم بإمكانية وقوعه[1].

وما دام أن هذا الضرر النهائي احتمالي لا تربطه بالخطأ الطبي علاقة سببية مباشرة، فلا يتم التعويض عنه، بل يتم التعويض فقط على فوات فرصة تجنب الخطر باعتباره الضرر المحقق، وذلك متى سمحت حالة المريض الصحية بالاختيار بين قبول أو رفض التدخل الطبي.

لكن هناك من نادى إلى إمكانية تعويض الضرر النهائي على أساس نظرية "المخاطر"، فبمجرد توجه إرادة الطبيب إلى تعريض المريض لمخاطر العلاج غير العادية، مع علمه بإمكانية وقوعها دون تبصير المريض بذلك يكفي لتبرير التعويض عن الضرر النهائي أي التعويض عن الحالة النهائية التي يعاني منها المريض.

يرى الدكتور " رجبوت RAJBAUT " في رسالته المشهورة تحت عنوان " دور الإرادة في العمل الطبي" أنّ عملية البحث عن علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي لا بدّ أن تتم على أساس نظرية "تحمّل المخاطر"، وأن الغاية من الالتزام بالإعلام لا تتجسد في التطبيق النظري لحق مجرد، بل في منح المريض حرية الاختيار بين مخاطر التدخل الطبي ومخاطر التطوّر المتوقع لمرضه. فقبوله للتدخل الطبي يعكس تحمّله للمخاطر التي قد تنجر عنه.

---

[1]- M. BERAUD, *Le principe de la réparation…, op. cit*, p 8 et 9.

وعليه، فإن أيّ تدخل طبي تم دون موافقة المريض، يكون قد حرم هذا الأخير من حرية الاختيار، مما ينتج عنه تحمّل الطبيب لكل النتائج الضارة المترتبة عن ذلك التدخل. وبتعبير آخر، عدم احترام إرادة المريض ينقل عبء تحمّل مخاطر التدخل الطبي من المريض إلى الطبيب[1].

تتمسك الأستاذة " بورشي PORCHY " بفكرة " قرينة السببية " بين نقص الإعلام والضرر النهائي بهدف تعويض هذا الأخير. فمتى تبيّن أن المريض سيرفض حتما التدخل الطبي لو علم بإمكانية تحقق الخطر، فإنّ ذلك يساعد على تقوية السببية بين الخطأ والضرر النهائي الذي كان قبل التدخل الطبي احتماليا، ثم أصبح محققا بتحقق الخطر[2].

لا يتناسب هذا الحل مع الوضعية التي يطغى فيها الشك بشأن القرار الذي سيتخذه المريض اتجاه التدخل الطبي بعد تبصيره بكل مخاطره، لذا كان التعويض عن فوات الفرصة فقط بمثابة حل عادل لطرفي العلاقة الطبية، خاصة بالنسبة للطبيب ما دام أن خطئه لم يكن السبب المباشر للضرر النهائي اللاحق بالمريض.

أما فيما يتعلق بنظرية تحمل المخاطر كأساس لتبرير التعويض عن الضرر النهائي عند نقص الإعلام، ترى الأستاذة " بورشي "، من جهة أولى، أنها بمثابة حلّ قانوني صائب مادام أن رضا المريض عن التدخل الطبي يعكس تلقائيا قبوله للمخاطر، وهو أساسا الهدف الذي يرمي إليه الالتزام بالإعلام. لكن، ومن جهة ثانية، تعتبرها صعبة التطبيق عمليا، لأنها تؤدي إلى تغيير طبيعة التزام الطبيب من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة. فإذا اعتبر أن رضا المريض يعكس قبوله لمخاطر العلاج، فبمفهوم المخالفة، أن عدم احترام هذا الرضا يترتب عنه بالضرورة استحالة تحقق الخطر[3].

لا تتفق الأستاذة مع هذه النتيجة الأخيرة، وتؤكد أن إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام لا يعني تجريد العمل الطبي من مخاطره، ولا ضمان الطبيب تحقيق النتيجة المرجوة منه، كل ما في الأمر أنه قد أخل بالتزام مرتبط بأخلاقيات المهنة. لذا لا يمكن إلزامه على

---

[1] - د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية...***، مرجع سابق، ص 338.

[2]- Stéphanie PORCHY, *Lien causal, Préjudices réparables...*, *op. cit*, p 383.

[3]- *Ibid*, p 384.

تعويض الضرر النهائي على أساس تحمّل المخاطر[1] ، لكن الأمر غير ذلك في حالة إنتقال خطر العدوى.

ب - تحقق خطر العدوى

من بين الحالات التي يكون فيها تفويت الفرصة واضحا هي الحوادث والأخطاء المتعلقة بعمليات نقل الدم، والتي تعرف بكونها "عملية سحب كمية محددة ومدروسة من السائل الدموي من وريد شخص سليم وحقنه في وريد شخص آخر مريض بحاجة إليه. وذلك قصد تعويض دم مفقود بمقدار يهدد الحياة، وذلك سواء في صورته الكاملة وهو ما يعرف بنقل الدم الكامل أو نقل بعض مكوناته فقط وهو ما يعرف بنقل الدم الذاتي"[2].

فرغم التطور الذي شهدته عمليات نقل الدم باعتبارها علاجا لبعض الأمراض[3] إلا أنها ظلت غير آمنة من الحوادث[4] والأمراض[5] التي قد تصيب كل من المريض والمتبرع

---

[1]- Stéphanie PORCHY, *Lien causal, Préjudices réparables...*, *op. cit*, p 384.

[2]- د. محمد جلال حسين الاتروشي، ***المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم***، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 26.

[3]- إن أكثر فئات الناس حاجة لعمليات نقل الدم هم مرضى الفشل الكلوي ومرضى الهيموفيليا hémophilies، والذي يتميز بالنزيف الدموي الحاد hémorragie grave إثر أية إصابة ولو كانت طفيفة. أنظر: عمر ابن الزبير، ***المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم***، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 6.

[4]- تترتب حوادث نقل الدم عن استعمال أدوات غير معقمة إثر الحقن أو سحب كمية معتبرة من الدم مما يؤدي إلى مضاعفات خطيرة، كانخفاض ضغط الدم وإغماء المتبرع. ومن جهة المتلقي، فان حقنه بفصيلة دم لا تتلاءم مع فصيلة دمه يؤدي إلى التحليل السريع للدم hémolyse، وبالتالي الوفاة. أنظر: المرجع نفسه، ص 8.

[5]- من بين الأمراض المتنقلة عبر الدم، نذكر منها "العدوى الفيروسية" الناجمة عن نقل الدم من شخص مصاب إلى شخص سليم، ويترتب عنه إصابة هذا الأخير بمرض الالتهاب الكبدي الفيروسي« l'hépatite virale » عن طريق فيروسي B وC . وقد كشف العلم حديثا وجود 8 فيروسات، نذكر منها « B-C-D-G (VH) »، وينتقل فيروسي B وC عن طريق حقن ملوثة بالفيروس أو عن طريق الاتصال الجنسي. مع العلم أن هذا المرض قد يتطور إلى حد الإصابة بالتهاب كبدي مزمن fibrase hépatique ، أو الإصابة بسرطان الكبد. و يحتاج الفيروس « C » إلى سنوات طويلة حتى يصاب حامله بمرض فعلي، و يطلق عليها بـــالفترة الصامتة التي تتراوح بين 30 و 40 سنة.

- اكتشف مرض الأيدز تحت يد البروفيسور "مخائيل غوتليب" بجامعة "أكلا" في الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1981. و تعد هذه التسمية احتكارا لعبارة مرض فقدان المناعة المكتسبة Acquired Deficiency (=).syndrome

على حدّ سواء. ولتفادي النقل العشوائي للدم وحفاظا على صحة وسلامة المرضى والمتبرعين، عملت تشريعات الدول كفرنسا والجزائر مثلا[1] على تنظيم عمليات نقل الدم

(=) أنظر في تفصيل ذلك: عمر ابن الزوبير، ***المسؤولية المدنية لمراكز نتل الدم***، مرجع سابق، ص ص 8 _ 13.
يمر مرض الأيدز بثلاث مراحل، و هي: _ مرحلة النافذة: تستمر من 6 أسابيع إلى 6 أشهر، لا يمكن تشخيص المرض في هذه المرحلة إذ يكون الشخص معديا، ولا تبين الفحوصات ذلك .
_ مرحلة الحصانة ومدتها تتراوح بين 10 إلى 12 سنة، و لا تظهر الأعراض فيها، إلا أن الشخص المصاب يكون قادرا على نقل العدوى.
_ مرحلة ظهور الأعراض: وتدوم سنتين على الأكثر. و من بين الأعراض الظاهرة نذكر منها: تضخم الغدد اللمفاوية في كامل الجسم، ونقص شديد في وزن المريض، والحرارة، والتعرق الليلي، وبروز سرطانات في الجهاز الهضمي والجلد، فقدان الإدراك...وفي الأخير الموت، أنظر: أ. كريمة نزار، ***مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا مرض السيدا***، مجلة العلوم القانونية والإدارية من جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 213-227.

[1]- كان التشريع في فرنسا، باعتباره النموذج التشريعي الثريّ جدا في هذا المجال، أول قانون ينظم عمليات نقل الدم، وكان ذلك بموجب قانون رقم52-854 المؤرخ في 21 جويلية 1952 (يطلق عليه: الاستعمال العلاجي للدم البشري L'utilisation thérapeutique du sang humain)، والذي أدرج بعد ضمن قانون الصحة العمومية في المواد 666 إلى677. إذ انشأ هذا القانون المركز القومي لنقل الدم ومراكز عامة وخاصة لنقل الدم عبر التراب الفرنسي (180 مركز). كما أكد على مجانية هذه العمليات وأعفى المتبرع من إثبات خطأ المركز عند طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عنها.
ونظرا لعجز هذا القانون عن ضمان سلامة الدم من التلوث، خاصة بعد بروز مرض التهاب الكبد الفيروسي ومرض السيدا، وعدم فعالية الإجراءات، استبدل بقانون 04 جانفي 1993 الذي ركز على وضع تنظيم قانوني جديد لهياكل حقن الدم، وإنشاء آليات لمراقبة عمليات تصنيع مشتقات الدم ومركباته. لمزيد في تفصيل ذلك أنظر: عمر ابن الزبير، ***المسؤولية المدنية لمراكز نتل الدم***، مرجع سابق، ص ص 15_ 22.
أما في الجزائر فقد ظل قانون 21 جويلية 1952 الفرنسي معمولا به بعد الاستقلال إلى غاية صدور الأمر رقم 68-133 المتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم وبمؤسساته، والذي قسم هياكل نقل الدم إلى 3 أنواع: مراكز حقن الدم (مركز وطني و مراكز فرعية)، المصالح العمالية « services départementaux »، المصالح الجهوية (مادته السادسة)، إلاّ أنه أغفل النص على مسؤولية هذه المراكز في مواجهة كل من المتبرع والمتلقي عن الأضرار التي تلحقهما من جراء هذه العمليات. تلا هذا الأمر قانوني الصحة لسنتي 1976 و1985، واللذان نصا على مجانية هذه العمليات، لكن دون التطرق إلى مسؤولية مراكز نقل الدم، عكس القانون الفرنسي الذي تبنى المسؤولية الموضوعية لهذه المراكز اتجاه المتبرع. وبعدها أصدرت قرارات وزارية تلزم المراكز بالكشف عن فيروس الكبد (ب) و (س) وفيروس السيدا وصدرت مراسيم تنظيمية أنشأت بمقتضاها هياكل تنشيط في مجال نقل الدم، نذكر منها: الوكالة الوطنية للدم ومراكز حقن الدم، وحدات حقن الدم، بنوك الدم. أنظر في تفصيل ذلك: د. محمد رايس، ***المسؤولية***(=)

التي لا تتم إلا وفق شروط قانونية محددة بما فيها الرضا المتبصر للمريض[1]، وتحديد مسؤولية كل طرف متدخل في عملية نقل الدم (الممرض أو الطبيب أو المستشفى أو نبوك الدم...)، حتى يتمكن المريض من الحصول على التعويض، وذلك متى ثبت أن الإصابة بالفيروس تمت عن طريق عملية نقل الدم وبهذا الشكل يكون الضرر هو نتيجة مباشرة للخطأ الطبي.

مع العلم أن القضاء الفرنسي يفترض توافر هذه السببية، وما على الدولة أو تابعيها إثبات السبب الأجنبي لدرء المسؤولية، وإلاّ كانت ملزمة بدفع مبالغ التعويض للضحية[2] جبرا للأضرار المالية والجسمانية والأدبية اللاحقة بها، ويشمل الضرر الجسماني تفويت فرصة الحياة والحرمان من مباهجها وتقصير النصيب الطبيعي لسنوات العمر.

ففي قضية أين قدم للمريض علاجا دون إعلامه بإمكانية تحقق خطر انتقال فيروس الايدز عبر عملية نقل الدم، قرر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 27 فيفري 2002 تعويض المريض عن فوات فرصة تجنب خطر انتقال العدوى، ويكون هذا التعويض إجماليا يغطي كل الضرر النهائي أو الاحتمالي. فقد تبيّن من خلال التقرير الطبي أن عملية نقل

(=)*المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري*، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ، ص ص 237_ 245. راجع كذلك: عمر ابن الزبير، *المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم*، مرجع سابق، ص ص 26_ 35.

[1]- تتم عملية نقل الدم على مرحلتين: مرحلة التبرع به، ومرحلة نقله إلى المريض، فلكل منهما شروطها. فبالنسبة للمرحلة الأولى، يشترط رضا المتبرع احتراما لمبدأ عدم الاعتداء على السلامة الجسدية للإنسان، ويشمل الرضا (أهلية المتبرع ورضاه الحر والمتبصر)، وأن يكون التبرع بدون مقابل.

أما المرحلة الثانية، فيشترط فيها: رضا متلقي الدم بعد تبصره بحالته الصحية، ومدى ضرورة نقل الدم إليه نظرا لخطورة العملية الجراحية مثلا. أنظر في تفصيل ذلك: د. محمد جلال حسن الأتروشي، ***المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم***، مرجع سابق، ص ص 52_ 58.

[2]- في فرنسا، ونظرا لعدم كفاية القواعد العامة في المسؤولية المدنية لحماية ضحايا السيدا، تدخل المشرع الفرنسي وأنشأ بقانون 31 ديسمبر 1991 " صندوقا لتعويض ضحايا السيدا "، يمنح تعويضا شاملا لكل الأضرار المادية والمعنوية، وهولا يقوم بدفع مبلغ التعويض دفعة واحدة، بل على دفعات، فتتم الدفعة الأولى والتي تساوي ثلاثة أرباع هذا المبلغ، عند ثبوت انتقال العدوى، أما الربع الأخير فيدفع للضحية عن ثبوت المرض الفعلي.

أما في الجزائر فلا يوجد نظام خاص لتعويض ضحايا السيدا، لذا يخضع هذا التعويض للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. أنظر: أ. كريمة نزار، ***مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا...***، مرجع سابق، ص ص 217_ 226.

الدم لم تكن ضرورية لعلاج المرض، لذا لو تم إعلام المريض بذلك الخطر لما أقدم على العلاج المقترح[1].

زيادة عن ذلك، فقد ظهرت صور أخرى للضرر النهائي ناتجة عن حرمان الأم من ممارسة حق الإجهاض، وهي " الولادة " أو " الولادة بإعاقة ".

2- ضرر الولادة أو الولادة المعاقة:

حسم القضاء الفرنسي في مسألة مدى اعتبار " الولادة " ضررا معوضا عنه قانونا والتي حاولت الأم التخلص منها بفعل الإجهاض، وذلك بالنفي رغم ثبوت خطأ الطبيب وفشله أثناء التدخل الجراحي. فقد عبّر مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه اتجاه هذه المسألة في قراره الصادر بتاريخ 2 جويلية 1982 كالتالي: " ... ولادة طفل، رغم أنها كانت نتيجة فشل في عملية الإجهاض، لا يشكّل ضررا من طبيعته منح الأم الحق في التعويض، والذي يتحمله المستشفى أين تمت فيه العملية، إلا إذا وجدت هناك ظروف أو حالة خاصة يمكن للمعني بالأمر إثارتها... "[2].

تعني العبارة الأخيرة، أن يضيف إلى الولادة ضرر خاص، يزيد من الأعباء العادية للولادة، كإصابة الأم بضرر من جراء فشل عملية الإجهاض، هذا ما يزيد من الأعباء المالية.

---

[1]- رغم تكفل صندوق تعويض ضحايا الايدز بتعويض الأضرار المترتبة عن انتقال العدوى الفيروسية، إلاّ أن ذلك لا يمنع الضحية أو ورثتها من البحث عن المسؤول في إحداث الضرر، شرط إعلام القاضي بالمبالغ الممنوحة من قبل الصندوق، والذي بدوره يتمتع بحق الرجوع بما دفعه على المسؤول تطبيقا للمادة 47 من قانون 31 ديسمبر 1991.

أنظر: Sylvie WELSCH, *Responsabilité du médecin*, *op. cit*, p 240.

[2]- CE, 2 Juil. 1982 : « La naissance d’un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès en vue de l’interruption d’une grossesse, n’est pas génératrice d’un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation par l’établissement hospitalier ou cette intervention a eu lieu, à moins qu’existent, en cas d'échec de celui-ci, des circonstances ou une situation particulière susceptibles d'être invoquée par l’intéressée… ». Cité in : Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit*, p 12 et 13.

أخذت محكمة النقض الفرنسية بالحل نفسه، وذلك بموجب قضية "بيكار " Picard " في قرارها الصادر بتاريخ 25 جوان 1991 واعتبرت أن ولادة الطفل لا يمكن أن يشكّل ضررا معوضا عنه قانونا رغم كون الولادة ناتجة عن فشل في عملية الإجهاض[1].

أما الولادة المعاقة فيتم التعويض عنها، سواء كانت ناتجة عن فشل في عملية الإجهاض أو عنف وإكراه تعرضت له الأم وأصاب الطفل بالإعاقة، وذلك بحجة أنه لولا هذا الخطأ، فإنّ المولود كان يتمتع بكل فرص في الولادة بدون إعاقة. إذن الإعاقة هي التي تشكّل ضررا معوضا عنه وليس الولادة في حدّ ذاتها[2].

في هذه الحالات، كانت الولادة أو الولادة بإعاقة نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب أثناء تدخله الطبي أي فشله في عملية الإجهاض. أما في حالة " الإعاقة الوراثية "[3] ، فإنّ الجنين قد أصيب بالإعاقة وهو داخل رحم أمه، فرغم أننا نحمّل الطبيب خطأ في عدم تفطنه لتلك الإعاقة، وبالتالي إحجامه عن إعلام الأم بإمكانية ولادة الطفل وهو مصاب

---

[1]- Cass. 1ère Civ, 25 Juin 1991. Cité in: Muriel FABRE-MARGAN, *Avortement et responsabilité médicale*, *op. cit*, p 295.

[2]- Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit*, p 14.

إنّ الولادة الناتجة عن فعل الاغتصاب تعتبر ضررا معوّضا عنها نظرا لانتفاء إرادة الأم في التوجه إلى الولادة، وقد اتجهت محكمة استئناف إيفرو "Evreux" بتاريخ 3 ديسمبر1999 إلى إلزام المسؤول بتعويض الأم عن الطفل المولود، وقد عبرت الصحف اليومية عن هذا القرار بالقول « مدان لأنه أعطى الحياة » « Coupable d'avoir donner la vie »، وهو ما يعرف بالولايات المتحدة الأمريكية بـــ « الحياة ضرر » « Wrongful life » أو «Vie préjudiciable» انظر في تفصيل ذلك:

Marie Thérèse CALAIS- AULOY, *La vie préjudiciable*, D., rub Point de vue, n° 15 du 13 Avril 2000, p 17.

أما في الجزائر، فقد عرفت السلطات مؤخرا مشكلة النساء المغتصبات، لذا كان على الهيئة الطبية أن تعالج هذه المسألة تفاديا للإجهاض غير المراقب ومراعاة لنفسية الحامل، الأمر الذي أدى بالمجلس الإسلامي إلى إصدار فتوى تتعلق بهذه الفئة تحديدا على الموقع الإلكتروني التالي:

Contraception et avortement, l'Algérie autorise des femmes violées : www.webencyclo.com /dossier/contenu/contraception/dossier-p3asp. p2.

نقلا عن: أ. الهواري ميكالي، ***المسؤولية الطبية عن الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية***، موسوعة الفكر القانوني، ملف: المسؤولية الطبية، الجزء الأوّل، د.د.ن، الجزائر، د.س.ن، ص 74.

[3]- « *Handicap congénital* ».

بإعاقة، إلاّ أن هذا الخلل في الإعلام لا يعتبر سببا مباشرا للإعاقة، بل يعتبر سببا في حرمان الأم من حقها في إسقاط الجنين[1].

في فرنسا، يكون الحرمان من هذه الحرية المجسدة وفق قانون رقم 75-17 المؤرخ في 17 جانفي 1975 المتعلق بالإسقاط الإرادي للحمل، محلا لتعويض الأم على أساس فوات الفرصة متى توافرت فيها شروط ممارسة هذه الحرية. فبالنسبة للإسقاط الإرادي للحمل، تلجأ إليه المرأة الحامل في حالة الشدّة والضّيق من الحمل، ويمارس خلال الأسابيع الثاني عشر الأولى من الحمل، وذلك تطبيقا لنص المادة 2212-1 من قانون الصحة العمومية الفرنسي.

أما الإسقاط العلاجي للحمل، فقد تلجأ إليه المرأة الحامل في أية مرحلة من مراحل الحمل، ويشترط فيه إفادة طبيبين متخصصين وأن متابعة الحمل قد يهدد صحة المرأة الحامل أو هناك احتمال كبير على أن الطفل سيولد مصابا بإعاقة جسيمة، وذلك تطبيقا لنص المادة 2213 من قانون الصحة العمومي الفرنسي[2].

---

[1] - Virginie BONNINGUES, *Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale*, *op. cit*, p 41.

[2] - Muriel FABRE - MARGAN, *Avortement et responsabilité médicale*, *op. cit*, p 289.

بالنسبة للقانون الجزائري، كأصل عام: يعتبر الإجهاض أو الشروع فيه جريمة معاقب عليها تطبيقا لنص المادة 304 وما يليها من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم، ج.ر عدد 46 لسنة 1966، ويجوز الإجهاض كاستثناء، إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر شرط أن يجريه الطبيب بغير خفاء وبعد إبلاغ السلطة الإدارية تطبيقا لنص المادة 308 من القانون نفسه، وهو ما نص عليه كذلك قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، في المادة 72 كالتالي:" يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ.

يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي بمعاينة طبيب اختصاصي".

من خلال هذه المواد يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة الجنين، مشوّها أو سليما، فالمبدأ هو حظر الإجهاض، والاستثناء هو إباحته في حالة الإجهاض العلاجي فقط. وذلك مثله مثل القانون اللبناني، فلا مجال للقول بفوات فرصة إسقاط الجنين، لأنها لا تعتبر حقا أو حرية مشروعة، بل هي بمثابة فعل إجرامي. أنظر: علي عصام غصن، ***الخطأ الطبي***، مرجع سابق، ص 212 و213.

أما القانون المصري فقد جاءت نصوص التأثيم عامة وقاطعة لا تقبل أي تأويل، فيعاقب كل مرتكب لفعل الإجهاض مع تشديد العقوبة للطاقم الطبي. كما لا يوجد أي نص قانوني يبيح الإجهاض لأيّ سبب من الأسباب العلاجية المتعلقة بالمرأة الحامل أو بسبب تشوّه الجنين، وإن كانت بعض القوانين المقارنة تجيزه مثل: القانون التركي(=)

يتمثل الضرر النهائي أو الضرر الاحتمالي عند حرمان الأم من ممارسة حقها في إسقاط الجنين، في مجيء المولود إلى الحياة وهو مصاب بإعاقة. فالمسألة المطروحة ليست مسألة تفضيل موت الطفل بدلا من بقاءه على قيد الحياة، بل المسألة هي مسألة الإعاقة التي سيتحمل الطفل والأولياء عبئها طوال حياته.

ونظرا لاستحالة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الطبيب للخطأ، أي عدم إعلام الأم الحامل بأن الجنين سيولد مصاب بإعاقة وراثية، كان لا بدّ من تغطية الصعوبات التي تكتنفها الإعاقة طوال حياة الطفل. كما يحق للأولياء إثارة ضرر مرتد، ويعني ذلك، ما دام أن الطفل يعاني يوما بعد يوم من آلام الإعاقة فهما يعانيان معه، أي تعويض نوع من الضرر المعنوي.

لكن محكمة النقض الفرنسية، وبصدد قضية " بيروش PERRCHE"، ذهبت عكس ذلك إذ أكدت على مسألتين هما:

الأولى: وجود رابطة سببية بين الأخطاء الفنية المرتكبة من طرف الطبيب ومخبر التحاليل وبين الولادة الحية المعاقة.

الثانية: التعويض كما يكون على الأضرار الناتجة عن الوفاة، فهو يكون أيضًا على الأضرار الناتجة عن الولادة أو الحياة.

يفهم من خلال ذلك أن القضاء الفرنسي اتجه إلى تعويض " الولادة " باعتبارها ضررا محققا اتجاه المولود، وقابل أن يكون ضررا احتماليا عن الضرر الذي أصاب الأم في حرمانها من فرصة ممارسة حقها في إسقاط الجنين إسقاطا علاجيا[1].

(=)والقانون التونسي والقانون الكويتي... . لمزيد في تفصيل ذلك: د. علال قشي، ***المسؤولية الجنائية للأطباء عند استخدام أساليب علمية حديثة وعند المساس بالكمال الجسدي***، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الخاص الأول، 2008، ص 363.

[1] - M. BERAUD, *Le principe de la réparation...*, *op. cit*, p 8 et 9.

القضاء الفرنسي، وتفاديا لتعارضه مع المبدأ الذي يقضي بعدم تعويض الضرر النهائي في فوات الفرصة باعتباره ضررا احتماليا ليست له علاقة سببية مباشرة مع الخطأ الثابت، منح للأم فقط حق طلب التعويض عن الفرصة الضائعة في إسقاط الجنين دون ضرر الولادة الذي يعتبر بالنسبة لها ضررا نهائيا، ومنح للطفل حق رفع دعوى تعويض مستقلة عن دعوى أمه مطالبا بتعويض ولادته.

لكنه وتفاديا لذلك الخطأ وقع في خطأ آخر، لأن مطالبة الطفل بتعويض ولادته يعني تعويض الضرر النهائي الذي أصاب أمه عند حرمانها من فرصة إسقاط الجنين، فهما ضرران متداخلان بعضهما البعض.

كما أنه من غير المعقول حصول المتضرر، أي الأم، على أكثر من تعويض واحد على الضرر نفسه، وهو الموقف الذي تمسك به مجلس الدولة الفرنسي بصدد قضية "كاراز QUAREZ "[1]. إلاّ أن ذلك لم يؤثر على محكمة النقض الفرنسية التي واصلت العمل بالحل الذي توصلت إليه في قضية "بيروش" "PERRUCHE"، وهذا ما تعكسه القرارات القضائية الثلاثة الصادرة عنها بتاريخ 13 جويلية 2001[2].

عبر البروفسور "مازو" "MAZEAUD" عن هذا الحل القضائي الذي يمزج ما هو أخلاقي بما هو قانوني بالقول: « إنّ الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية، ولهدف التوصل إلى قرار منصف، قد أساءت التعامل مع المبادئ العامة التي تحكم المسؤولية المدنية »[3].

هكذا وجدت محكمة النقض الفرنسية نفسها مرغمة على التراجع عن موقفها، مع العلم أن التقلب في المواقف غير مرغوب فيه ما دام أن ما تقرره أعلى سلطة قضائية اليوم لا يجب أن تغيّره غدا حفاظا على مصداقيتها، لذا كان على المشرع

---

1 - Voir *supra*, p 46.

2 - Cass. Ass. Plén, 13 Juillet 2001. Cité in : Mickaël BENILLOUCHE, *L'indemnisation du préjudice personnel de l'enfant handicapé : (A propos des trois arrêts rendus par l'assemblée plénière le 13 Juillet 2001)*, *op. cit*, p 4 et 5.

3 - « *L'assemblée plénière a mal-traité le droit de la responsabilité civile pour rendre une décision d'équité* ». Cité in: *Ibid.*

التدخل لوضع حدّ لهذا الموقف القضائي القاضي بتعويض الولادة المعاقة، إذ وضع نص المادة الأولى من قانون 04 مارس 2002، والذي أطلق عليه تسمية قانون "أنتي بيروش" "Loi Anti-Perruche" الذي منع إثارة تعويض ضرر الولادة، واقتصر ضرر الأولياء في الضرر المعنوي فقط. أما كل ما يتعلق بالمصاريف والأعباء الثقيلة المترتبة عن الإعاقة التي أصاب بها الطفل، يتم تغطيتها بصندوق التضامن الوطني.

ونظرا لطابع السرعة الذي تميّز به صدور هذا القانون، فقد شملته عدّة نقائص بما فيها:

1- عيب في صياغة المادة الأولى في فقرتها الأولى[1]، والتي تمنع إثارة التعويض عن ضرر الولادة، وليس عن الولادة المعاقة، وهي المسألة المطروحة بصدد قضية "بيروش PERRUCHE ". إذن لم يضع المشرع الفرنسي حدا نهائيا للاجتهاد القضائي.

2- يعكس تكفل الصندوق الوطني للتضامن بتعويض الولادة المعاقة عدم احترام المشرع للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، لأنه، وبموجب مصادقة الدولة على هذه الاتفاقية، يكون مدينا بحماية هذه الحقوق والحريات أي بالتعويض عن الولادة المعاقة، وليس للمواطن الالتزام بتمويل هذا الصندوق على أساس العقد الاجتماعي[2].

رفض التعويض عن الضرر النهائي أو الاحتمالي راجع إلى غياب علاقة سببية مباشرة وأكيدة بينه وبين الخطأ الطبي، ورغم ذلك، يبقى الضرر النهائي مرتبطا ارتباطا وثيقا بالضرر الأوّلي.

---

[1] - Art 1er /1 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé : « I- *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.* », D., 21 mars 2002, rub Législation, p 1022.

[2] - Marie-Emma BOURSIER, *La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconditionnalité de la loi Anti-Perruche ?*, *op. cit*, pp 6 _ 9.

المطلب الثاني

تبعية الضرر الأوّلي للضرر النهائي

لا يمكن إثارة ضرر الحرمان من تحقق فرصة ما، إلاّ بعد تحديد الحالة النهائية التي تعاني منها الضحية، لأنها تمثل الضرر الواقعي والملموس. ويفهم من ذلك، أن الفرصة الضائعة مرتبطة بالضرر النهائي بموجب علاقة تبعية، خاصة عندما يتعلق الأمر بمهمة إضفاء صفة التأكيد على ذلك الضياع، مما يجعله ضررا محققا **(الفرع الأول)**، وتتحدد طبيعة هذا الأخير بالاستناد على طبيعة الضرر النهائي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأوّل

الفرصة الضائعة ضرر محقق بالنظر إلى الضرر النهائي

يستند التعويض عن فوات الفرصة على احتمال وتأكيد في آن واحد، إلاّ أنهما من طبيعة مختلفة، بمعنى، يقعان على أمرين مغايرين، إذ من المحتمل أن الفرصة الضائعة سوف تتحقق **(أوّلا)**، وأن الشفاء قد ضاع على المريض بصفة أكيدة **(ثانيا)**، مما يلحق به ضررا.

أوّلا: توافر الاحتمال في الفرصة

يتمثل الضرر المحقق الذي يلحق المضرور في تفويت الفرصة في حرمانه من وسيلة أو فرص تحقيق كسب معين بصفة عامة، أو تحقيق الشفاء في المجال الطبي، وإذا ربطنا بين الضرر المحقق والضر الاحتمالي، فالأوّل يتكون فيما فات على المريض من فرص لاستبعاد الضرر الاحتمالي أي فرص الشفاء أو فرص تجنب التعرض للخطر[1].

لتعويض الضرر المحقق، لا بدّ أن تتوافر هناك فرص جدية ومشروعة لتحقيق الكسب، وأن يلحق بالمضرور ضررا من جراء الفقدان المؤكد للفرصة المرجوّة تحقيقها لولا الخطأ الثابت.

إن توافر الاحتمال في إمكانية تحقق الفرصة الضائعة، يسند لضرر فوات الفرصة صفة الضرر المحقق، وقد أكدت عن ذلك الغرفة الجزائية لمحكمة النقض الفرنسية بتقريرها ما يلي: " الضرر المتمثل في فوات الفرصة يمكن أن يكون مباشرا وأكيدا في

---

[1]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأوّل، مرجع سابق، ص 108.

كل مرّة يثبت فيها ضياع، عن طريق الفعل الضار، إحتمال تحقق واقعة إيجابية، مع العلم أن تحقيق الفرصة لا يكون دائما أمرا أكيدا "[1].

لكي يكون فوات الفرصة ضررا أكيدا، لا بدّ أن تكون الفرصة محتملة الوقوع، لذا على القاضي أن يثبت أنها فرصة حقيقية وجدية بالتمسك بالضرر النهائي، إذ بغياب هذا الأخير لا مجال للحديث عن ضياع فرصة تجنبه، فالفرصة إذن غير موجودة.

إذا لم يتحقق الضرر النهائي أو الاحتمالي، فإن الفرصة في الشفاء مثلا لم تضيّع بعد، لكن يمكن أن يحدث ذلك في المستقبل. هذه الوضعية مماثلة لوضعية التعرض للخطر، التي وبموجب عدم وقوع الضرر النهائي، فإنّه يمكن القول يقينا أن الخطر لم يتحقق. فبحدوث الضرر النهائي، فإنّ الوضعية قد أصبحت نهائية، لا يمكن تعديلها، ما دام أن الخطأ الثابت قد أوقف سريان مجموعة من الوقائع التي يمكن أن تكون مصدر ضياع أو كسب، نتيجة لذلك، هناك ارتباط قائم بين الضررين[2].

القول أن الفرصة كانت حقيقية وجدية يعني ذلك ضرورة توافر الاحتمال في الفرصة أي أن « الواقعة التي أصبحت مستحيلة التحقق كانت سابقا محتملة »[3]، وعبّر الأستاذ " جورج دوري DURRY " عن ذلك بالقول: « لا شيء أكيد بصفة مطلقة، وليس كل شيء محتمل كذلك. فالإشكال الذي يطرح على القاضي هو تحديد الأمر الذي يتوافر فيه الاحتمال الكافي لتحققه، وفي نظرنا، ليس هناك أي معادلة تسمح لنا بتحديد ذلك مسبقا»[4].

---

[1] - Cass. Crim, 18 mars 1975 : « L’élément de préjudice constitué par la perte d’une chance peut présenter en lui – même un caractère direct et certain, chaque fois qu’est constatée la disparition, par l’effet du délit de la probabilité d’un événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d’une chance ne soit jamais certaine ». Cité in: Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice …*, *op. cit*, p 50.

[2] - M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 10.

[3] - Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice…*, *op. cit*, p 50.

[4] - « *Rien n’est absolument certain, et tout n’est pas également probable. Le problème pour les juges est justement de déterminer ce qui était suffisamment probable. Ce qu’aucune(=)*

لكن الأستاذ " جاك بوري j. BORE " في دراسته لدور الاحتمالات في إسناد الفرصة صفة الحقيقية والجدية، وتقليص عنصر الشك وعدم اليقين في تحقق الفرصة، دعا القضاة إلى إسقاط نسبة 20% أو 40% من الشك والتمسك بنسبة 80% أو 60% من احتمالات تحقق الفرصة لإثبات وجود ضرر وسيط والمتمثل في فوات الفرصة، الذي ورغم كونه ضررا جزئيا، إلاّ أنه ضرر أكيد ومحقق[1].

تمسك قاضي الموضوع بالعلاقة التبعية التي تربط الضرر الأوّلي بالضرر النهائي، وكذا دور الاحتمالات في حساب درجة احتمال تحقق الفرصة، يسمح له بإسناد قيمة قانونية للواقعة الاحتمالية والتي تشكّلها الفرصة الضائعة، وذلك متى توصل القاضي إلى نسبة احتمال كافية لتحقق الفرصة، والتي بواسطتها يبني بها قناعته، وبالتالي منح تعويض للمضرور.

لكن التساءل المطروح: هل هناك حدّ أدنى لنسبة احتمال تحقق الفرصة حتّى يمكن القول بوجود ضرر فوات الفرصة، أو أن أيّ نسبة ما تكفي للقول بأن الفرصة الضائعة كانت فرصة حقيقية وجدية؟.

تكون الإجابة بالنّفي، إلاّ أن إرفاق القاضي كلمتي جدية وحقيقية بنسبة احتمال معينة، والتي بنظره مقنعة لمنح تعويض للمضرور، تجعل لجوءه إلى الاستعانة بنظرية فوات الفرصة لجوءًا مسببا ومؤسسا قانونا[2].

اتجهت محكمة استئناف باريس الإدارية بقرارها الصادر بتاريخ 13 جوان 1989 إلى تعويض ضرر فوات الفرصة رغم كون نسبة احتمال تحقق الفرصة الضائعة نسبة ضعيفة، فقد منح القاضي تعويضا لأولياء الطفلة المتوفاة على أساس فوات فرصة بقائها

(=) formule, croyons – nous, ne permettra de déterminer à l'avance ». Cité in : Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice…*, *op. cit*, p 50.

[1]- Cité in: M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 11.

[2] - Rodolphe ARSAC, *L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif*, *op. cit*, p 781.

على قيد الحياة، وذلك بعد ثبوت تأخر الطاقم الطبي في تقديم العلاج المناسب لحالتها المرضية الجسيمة، مع كون فرصة شفاءها ضعيفة جدّا[1].

يشترط للتعويض عن فوات الفرصة أن تكون هذه الأخيرة حقيقية وجدية، فلا يعوّض القانون الآمال والتمنيات. فالهدف الأساسي الذي ترمي نظرية فوات الفرصة إلى تحقيقه هو منح تعويض، ولو كان مقداره ضئيلا، عن خطإ أثر على النتيجة المرجوّة من خلال السير العادي للأمور. كما أن الانتقال من نظام التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط قد يؤثر ويلحّ على القضاء للانتقال من اشتراط كون الفرصة الضائعة جدّية وحقيقية إلى مجرد فوات لفرصة فقط[2].

هكذا تكون الفرصة في مجال التعويض متميزة عن مجرد الأمل البحت الذي يتوقف على شعور ونفسية صاحبه، فمتى كانت الفرصة حقيقية وجدية أي يتوافر عنصر الاحتمال في تحققها يعني أنها قابلة للتقدير، على خلاف الأمل. لكن القضاء الجزائري قرر غير ذلك.

ففي قضية عرضت أمام مجلس الدولة الجزائري، والتي تتلخص وقائعها في إيداع السيد (ل) ملفا أمام بلدية حاسي بحبح بولاية الجلفة لغرض الاستفادة من السكنات الاجتماعية، وقد تم قبول ملفه. لكن، وبعد مرور فترة الإنجاز فوجئ العارض بقائمة ثانية، والتي لا تحمل اسمه.

وبعد سكوت الإدارة أمام التظلم الإداري الموجه إليها، قام العارض برفع دعوى قضائية ضدها أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجلفة ملتمسا منها إلزام البلدية بتسليمه مسكنا، إلاّ أنها رفضت طلبه، وأيدها في ذلك مجلس الدولة الذي أقر أن " الضرر الذي لحق به (العارض) يتمثل في خيبة الأمل التي أحس بها بعد حذف اسمه من القائمة، وأن تسجيل اسمه بالقائمة من بين المستفيدين من طرف البلدية ولّد أملا لديه وليس بحق

[1] - C.A.A Paris, 13 Juin 1989, n°89PA00271 « …, Que ce retard a privé la malade des chances réelles, bien que faibles, de survie qu'impliquait son état ; … ». Voir cet arrêt sur : www.légifrance. gouv.fr

[2] - Rodolphe ARSAC, *L'indemnisation de la perte de chance…*, *op. cit*, p 769.

مكتسب، وعليه فإن مبلغ التعويض الممنوح له (20.000 دينار جزائري) كافيا، ويتناسب والضرر اللاحق به..." [1].

خطأ الإدارة والذي يتمثل في شطب اسم العارض من قائمة المستفيدين من السكنات التطورية بعلاقة سببية مباشرة وأكيدة مع حرمان العارض من السكن، وبالتالي لا يمكن القول بتعويض مجرد الأمل في الحصول عليه، لأن هذا الأخير يتم اللجوء إليه عندما تكون نسبة احتمال تحقق النتيجة المرجوة (السكن) منعدمة. لكن في هذه القضية فإن العارض قد توافرت لديه شروط الاستفادة من السكن، وبالتالي تم تسجيله ضمن قائمة المستفيدين، إذن النتيجة النهائية معلومة.

كان بإمكان العارض التمسك تجاه الإدارة بخطئها في عدم إعلامه أو إخطاره بتغييرها لشروط الاستفادة من السكنات الاجتماعية، والتي اعتبرتها حجة لفعل الشطب، مما فوّت عليه فرصا أخرى حقيقية وجدية في البحث والحصول على مسكن آخر، بحيث أن سكوت الإدارة طوال فترة الإنجاز، والتي دامت خمس سنوات، تركت العارض يظن أنه سوف يكتسب السكن بعد انقضاء تلك الفترة.

كما ربط مجلس الدولة بين الأمل وفرص العارض في حصوله على مسكن آخر بتقريره " حيث أن المستأنف الذي علّق آمالا كبيرة بقي ينتظر تسليم المفاتيح له، قد فوّت فرصا أخرى واحتمالية لإيجاد سكن آخر "[2].

رغم تفطن القضاء الإداري الجزائري لفكرة فوات الفرصة، ليس باعتبارها عنصرا من عناصر الضرر النهائي، بل كضرر وحيد يمكن للمتضرر إثارته، إلاّ أنه لم يتجه إلى التطبيق الصحيح لها.

للاعتداد بفوات الفرصة، لا بدّ أن يكون الحرمان منها قد تمّ بصفة نهائية ومؤكدة.

---

[1]- قرار مجلس الدولة، الغرفة الثانية، بتاريخ 07 / 05/ 2001. نقلا عن: لحسين بن شيخ آث ملويا، ***المنتقى في قضاء مجلس الدولة***، الجزء الثاني، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 363.

[2]- نقلا عن: المرجع نفسه، ص 363.

ثانيا: الفقدان المؤكد والنهائي للكسب المحتمل

لكي يتحقق فوات الفرصة باعتباره ضررا محققا واجب التعويض، يجب أن تكون فرصة تحقق النتيجة المرجوة قد فاتت على المضرور بصفة مؤكدة ونهائية، بحيث يحرّم نهائيا من الكسب الذي كان يتأمله.

زيادة على توافر نسبة الاحتمال في إمكانية تحقق الفرصة، لا بدّ أن يتبع ذلك التأكيد حول ضياع النتيجة المرجوة من الضحية من خلال السير العادي للأمور، بمعنى ضياع الشفاء الذي ينتظره المريض من خلال قبوله للتدخل الطبي. فلا يقع التأكيد على النتيجة المرجوة في المستقبل، بل على ضياعها وأنّها لن تظهر في المستقبل[1].

بموجب تحقق الفقدان المؤكد والنهائي للكسب، لا يكون هناك محل للانتظار لمعرفة ما سيؤول إليه الأمر مستقبلا. أي، معرفة ما إذا كان الضرر سيقع أم لا، لأن تحقق الضرر لم يعد متوقفا على وقائع مستقبلية أو احتمالية، بل أصبح الوضع واضحا بصفة نهائية واستقر ولن يتغيّر في المستقبل، وأن المدعى عليه قد أوقف تطوّر الوقائع ومجريات الأحداث التي يمكن أن تكون مصدرا للكسب.

في هذه الحالة، يرد اليقين على عكس ما كان محتملا أو مرجحا في عدم تحقيق الخسارة المأمول تجنبها، كتوقي مرض معين وما يترتب عليه من الشفاء أو البقاء على قيد الحياة. ويتمثل اليقين هنا في وقوع خطر العجز أو الوفاة الذي أصبح نهائيا بعدما كان، قبل التدخل الطبي، أمرا محتملا[2].

وتطلب التيقن والتحقق في الحرمان النهائي من الكسب الاحتمالي أمر منطقي، لأن الحرمان منه يشكل ضررا محققا، أما إذا كان الضرر محتملا فقط، لعدم التيقن من الحرمان النهائي للكسب الاحتمالي، فإنه يكون بذلك نظريا أو افتراضيا لا يكفي أساسا للتعويض.

---

[1]- Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice…*, *op. cit*, p 51.

[2]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأوّل، مرجع سابق، ص 124.

زيادة على التأكيد حول ضياع الفرصة لا بدّ من إثبات تحقق الضرر التي سعت الفرصة الضائعة إلى تجنبه، هذا ما يبرر التعويض عن ضرر فوات الفرصة.

هناك حالات لا يمثل مجرد فوات الفرصة في حدّ ذاته ضررا يصيبه من فاتته الفرصة، ويتحقق ذلك بصفة خاصة عندما لا يكون المركز المترتب عن فوات الفرصة مركزا ضارا. عندئذ لا يكفي إثبات فوات الفرصة للتعويض، بل يقع على مدعيه إثبات الضرر الفعلي الذي أصابه والذي يطالب التعويض عنه.

يتقرر الحكم نفسه أيضًا بالنسبة للضرر التعاقدي الذي يتوقع المتعاقدان احتمال حدوثه نتيجة العقد، ويقوما مسبقا بتحديد من منهما تقع عليه تبعة هذا الضرر. ويحدث هذا بصفة خاصة، في عقد تأمين الأشخاص أين لا يملك المؤمن حق الرجوع ضد المتسبب في الحادث، استنادا إلى أنّ الخطر الذي وقع كان متوقعا وتم قبوله منه[1].

ففي سباقات الخيل، ارتكاب الجوكي لمخالفة ما لقواعد السباق كعدم تشجيعه وتعضيده للحصان أثناء قيادته له لإنهاء السباق، يستوجب استبعاد مسؤوليته ما دام أن الخطأ الذي ارتكبه يدخل في إطار قدرية السباق، إلاّ أن محكمة النقض الفرنسية لم تقبل وجهة النظر هذه، وأخذت بمسؤولية الجوكي لإهماله وتقصيره الذي تسبب في عدم فوز الحصان في السباق وفوات فرصة المتراهن في الكسب.

يعتبر هذا الحل حلا صحيحا ومبررا، ويرجع ذلك إلى اختلاف مركز المؤمن والمتراهن. ففي مجال التأمين، يلتزم المؤمن بتغطية الخطر الذي وقع نتيجة الخطأ وذلك مقابل أقساط التأمين التي يحصل عليها. أما في حالة المراهنة، فإنّ احترام قواعد المسابقات من الأمور التي يعتد بها ويعتمد عليها المتراهنون، وبالتالي فلا يكون مخالفة هذه القواعد من المخاطر المقبولة في العقود الاحتمالية كعقد المراهنة[2].

أما عند الحديث عن فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية المترتبة عن إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام، أي فوات فرصة تجنب الضرر الناتج عن تحقق الخطر الذي لم

---

[1] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأول، مرجع سابق، ص 126.

[2]- Caroline RUELLAN, *La perte de chance en droit privé*, *op. cit*, p 733 et 734.

يعلم المريض بإمكانية حدوثه، فقد رفض البعض اللجوء إلى تعويضه على أساس هذه الفكرة، لأن المريض عند لجوءه إلى علم الطب يكون قد رضي بصفة تلقائية بمخاطر هذا التدخل الطبي، وأنه على دراية بأنه علم لا يخلو من المخاطر.

إن الأمر الوحيد الذي يحق للمريض الاحتجاج به هو الضرر الناتج مباشرة عن الخطأ الطبي لا أكثر من ذلك. وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في 25 فيفري1997(Communauté Urbaine de Lyon) ، أين استبعدت مسؤولية الطبيب ولم تقبل التعويض عن فوات الفرصة، واعتبرت أن الضرر الناتج عن تحقق الخطر من قبيل الاحتمال الذي يهيمن كل عمل طبي[1] .

ولكن أغلب القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي قبلت منح تعويض جزئي للمريض أو ورثته عن ضرر فوات الفرصة في تجنب الخطر وليس التعويض عن نتيجة تحقق الخطر لغياب علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين الخلل في الإعلام والعجز أو وفاة المريض، لكن هذا الضرر النهائي يستند عليه لتحديد وتقدير التعويض عن فوات الفرصة.

الفرع الثاني

طبيعة الضرر النهائي شرط لتحديد الضرر الأوّلي

يسمح الاستناد أو الإحالة إلى الضرر النهائي بتحديد خصائص الضرر الأوّلي، والذي يمكن أن يشكل ضررا حالا أو مستقبليا **(أوّلا)**، ويلحق مساسا بالضحية من عدّة أوجه، وذلك تناسبا مع الحالة النهائية التي تتواجد فيها، مما يعكس طبيعة ضرر فوات الفرصة **(ثانيا)**.

أوّلا: فوات الفرصة: ضرر حال أو مستقبلي

فوات الفرصة مثله مثل أي ضرر ما، يمكن أن يكون حالا (1) أو مستقبلا (2).

[1]- Christian LAROUMET, *L'indemnisation de l'aléa...*, *op. cit*, p 36.

1- فوات الفرصة ضرر حال:

يعرّف الضرر الحال على أنه ذلك الضرر الذي ثبت حدوثه فعلا على أثر وقوع الفعل الضار، وأصبح محققا[1]. وحين ضياع الفرصة بصفة أكيدة، فإن ذلك يجعل من فوات الفرصة ضررا حالا، مادام أن آثار ذلك الضياع قد ظهرت في الوقت الحاضر أي تحقق الضرر النهائي. وبتعبير آخر، بعد التحقق من وقوع الضرر النهائي أو الاحتمالي أصبح ضياع الفرصة ضياعا نهائيا. ويظهر ذلك في سباق الخيل أو عدم ممارسة حق الطعن أو عدم الاشتراك في المزايدة، فقد تحقق ضياع كل من السباق أو الدعوى أو المزايدة[2].

2- فوات الفرصة ضرر مستقبلي:

يشكل ضرر فوات الفرصة ضرر مستقبلي عندما تظهر الفرصة كأمر قد يتحقق في المستقبل وهذا لا يمنع من تعويضها متى ثبتت الفرصة أنها حقيقة وجدية. بمعنى آخر، يجب أن يتوافر في الضرر المستقبل عنصر التحقق حتى يحكم القاضي بالتعويض. ويظهر فوات الفرصة كضرر مستقبلي عندما يتعلق الأمر بفوات فرصة النجاح الوظيفي أو فوات فرصة تلقي الإعانة أو المساعدة[3]. ومثال ذلك، إعطاء طبيب التخدير جرعة مخدر زائدة ترتب عليها شلل الابن الذي كان يأمل الوالدين أن يرعاهما في شيخوختهما[4].

فوات الفرصة باعتباره ضررا محققا يكون قابلا للتعويض، وهو يشمل الضرر الحال الواقع بالفعل، والضرر المستقبلي المؤكد الحدوث، والذي يكون امتدادا طبيعيا

---

[1]- د. علي علي سليمان، ***النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام...***، مرجع سابق، ص 179.

[2]- Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité...*, *op. cit*, p 392.

[3] -*Ibid.*

[4]- قررت محكمة النقض الفرنسية في 24 فيفري 1970 أنه " إذا كان الابن قد قارب الانتهاء من تخصصه لما وقع الحادث، فإن تعويل والده ووالدته عليه مستقبلا ليس مجرد احتمال غير قابل للتحقق، فيكون الوالدين الحق في تعويض عن ضياع فرصة تحقيق ما عولا عليه، ويكون هذا التعويض مقابل إضاعة فرصة مشروعة للاستعانة بابن كان من المفروض أن يعمل فيما كان يتخصص فيه ". نقلا عن: د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية...***، مرجع سابق، ص 333.

إذا تعذر على القاضي تقدير التعويض عن فوات فرصة مساعدة وإعالة الوالدين بإعتباره ضررا مستقبلا، يمكن الحكم بتعويض مؤقت مع حفظ الحق للمضرور في المطالبة باستكمال التعويض عند تحقق كل الضرر وظهور عناصره. أنظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، ***المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل***، مرجع سابق، ص 396.

ومؤكدا للحالة الراهنة إثر وقوع الفعل الضار، ولم يكن هناك ما يحول دون تحقق ووقوعه في المستقبل[1].

ثانيا: فوات الفرصة: ضرر معنوي أو جزء من عناصر الضرر النهائي

اتجه بعض الفقه وقضاة الموضوع الفرنسيين إلى اعتبار ضرر فوات الفرصة ضررا معنويا لا يستحق صاحبه إلاّ تعويضا بسيطا **(1)**، لكن قضاة النقض يؤكدون في كل مرة على أن فوات الفرصة يشكل جزء من كل عنصر من عناصر الضرر النهائي**(2)**.

1- فوات الفرصة: ضرر معنوي

من بين القرارات القضائية التي اعتبرت فوات الفرصة مجرد ضرر معنوي فقط لا أكثر، ذلك القرار الصادر عن محكمة استئناف " أكس بروفنس " بتاريخ 12 نوفمبر 1986. فبعد استعادة المريض لوعيه من العملية الجراحية، شعر بآلام على مستوى الصدر، فجرعت له الممرضة مسكنا، وبعد بضع ساعات توفي المريض.

أثارت أرملة المتوفي مسؤولية كل من الطبيب المعالج وطبيب التخدير نظرا لانعدام المراقبة المستمرة للمريض بعد العملية، وتجريع مادة ذات حساسية عالية بالنسبة له.

تمسكت محكمة الاستئناف بطلب الأرملة، وأقرت أن الأخطاء الطبية الثابتة قد سببت في تفويت فرصة على المريض في الحصول على علاج أفضل. يشكل هذا الضياع ضررا معنويا لا بد من تعويضه تعويضا كاملا[2].

كما أقرت محكمة استئناف باريس الإدارية في قرارها الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 1999، أن فوات فرصة تجنب الخطر الذي تحقق من خلال العملية، نظرا لعدم إعلامه بإمكانية وقوعه، يعتبر بمثابة ضرر ذات طابع شخصي مستقل تماما عن الضرر النهائي.

---

[1]- قضت محكمة النقض المصرية في 13 ماي 1965 " إن الضرر يكون محققا إذا كان واقعا فعلا أو كان سيقع حتما"، نقلا عن: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الأوّل، مرجع سابق، ص 81.

[2]- C.A d'Aix-en-Provence, du 12 novembre 1986: « Que ces fautes ont causé à Dominique A... " La perte d'une chance de pouvoir être soigné efficacement au cours de l'incident post-opératoire dont il a été victime, et que " cette perte, qui constitue un préjudice moral, doit être réparée intégralement " ». Voir sur : www.Légifrance.gouv.fr.

وبالتالي فهو لا يخضع لدعوى رجوع هيئات الضمان الاجتماعي بقيمته على المسؤول أو مؤمنه في إحداث الضرر، وذلك تطبيقا لنص المادة 376-1 من تقنين الضمان الاجتماعي الفرنسي[1] .

وسارت محكمة استئناف ليون على المسار نفسه، بحيث رفضت في قرارها الصادر بتاريخ 14 مارس 2002 الطلب الذي قدمته هيئة الضمان لممارسة حقها في الرجوع على الطبيب المسؤول في تفويت فرصة تجنب الخطر، وذلك بحجة مفادها أن " الضرر اللاحق بالضحية ضرر مستقل عن الضرر الجسماني الناتج عن تحقق الخطر...، هذا الضرر ما هو إلاّ ضرر فوات الفرصة "[2].

وقد أخذ بعض الفقه أمثال " بورشي " بهذا الموقف القضائي، واعتبر أن الضرر الناتج عن إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام هو ضرر معنوي، مادام أن المريض لم يعبر عن رضاه المتبصر إزاء التدخل الطبي[3].

لكن، سبق وأن قرر قضاء النقض الفرنسي عكس ذلك، واعتبرت ضرر فوات الفرصة، زيادة على كونه ضررا معنويا، فهو كذلك ضرر مادي[4]. ويستمر في التأكيد على ذلك، بتقرير أن تعويض فوات الفرصة الناتجة عن نقص في الإعلام، لا يقتصر في

---

[1]- C.A.A Paris, 29 oct. 1999, n°97PA03156: « Considérant que l'indemnité accordée à Mme … constitue une indemnité à caractère personnel, destinée à réparer la perte de chance qu'avait son époux de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé ; que par suite, les créances des caisses ne pouvant, en application de l'article L.376-1 du code de la sécurité social s'imputer sur cette somme… ». Voir sur : www.Légifrance.gouv.fr.

[2]- C.A. Lyon, 14 mars 2004, « Le dommage subis par la victime était indépendant du préjudice corporel résultant de la réalisation du risque…ce dommage étant seulement constitué par la perte de chance ». Cité in: Clodite RAUGE-MAILLART, Nathalie JOUSSET, Michel PENNEAU, *Influence de la loi du 4 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information du patient*, Médecine & Droit, n°77, volume 2 (mars- avril), 2006, p 68. Disponible sur : www.sciencedirecte.com ou www.em-consult.com

[3]- Stéphanie PORCHY, *Lien causal, préjudices réparables…*, *op. cit*, p 380.

[4]- Cass 1er Civ, 10 janv. 1990: « La perte de chance n'est pas qu'un préjudice moral: ce peut être aussi un dommage matériel ». Cité in: Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit*, p 395.

تعويض الضرر المعنوي، بل ينصرف إلى تعويض كل عنصر من عناصر الضرر النهائي، وهذا ما يعكسه القرار الصادر في 6 جويلية 2004[1].

2-فوات الفرصة: جزء من عناصر الضرر النهائي

يتحدد الضرر الحقيقي الذي رتبه فوات الفرصة على المريض بالنظر أو الرجوع إلى الحالة النهائية التي يتواجد فيها. وبتعبير آخر، تستند فوات الفرصة على فكرة أو حقيقة مجردة، أما الضرر النهائي فهو حقيقة ملموسة وواقعية، لذا يتم الاستناد عليه لتحديد طبيعة الضرر اللاحق بالمريض.

عندما تطرح مسألة تعويض فوات الفرصة، يجد القاضي نفسه مجبرا على التمسك بعناصر الضرر النهائي. وهكذا يمكن أن يشكل ضرر فوات الفرصة مساسا بالكمال الجسدي أو المعنوي أو المالي أو الجمالي والنفسي للمريض.

تتحدد مختلف هذه الأضرار بواسطة الحالة النهائية للمريض باعتباره الضرر الواقعي والملموس[2]، وهذا ما سيبرز جليا عند دراسة كيفية تقدير التعويض عن ضرر فوات الفرصة[3].

عندما يقتصر الضرر النهائي اللاحق بالمريض في الضرر المعنوي، والمتمثل في تقليص مدة حياته بسبب خطأ المرفق الصحي العام في تقديمه للعلاج المناسب للمريض. أي الحرمان من نصيبه الطبيعي من الحياة، فتقتصر فوات الفرصة في جزء من هذا الضرر فقط، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2008[4].

---

[1]- Cass. 1ère Civ, 6 juil. 2004, « … Sa réparation ne se limite pas au préjudice morale mais correspond à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il a subi,… ». Cité in: Clodite RAUGE-MAILLART, Nathalie JOUSSET, Michel PENNEAU, *Influence de la loi du 4 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information…*, *op. cit*, p 68.

[2]- M. BERAUD, *Le principe de la réparation …*, *op. cit*, p 14.

[3]- Voir *infra,* p 130.

[4]- CE, 24 oct. 2008, n°301851: « La perte de chance porte sur l'indemnisation du préjudice moral subi par le patient en raison de la conscience d'une espérance de vie réduite en raison d'une faute du service public hospitalier dans la mise en œuvre ou(=)

عند انعدام احتمال تحقق الفرصة وبالتالي غياب ضرر فوات الفرصة، يفتح المجال للمريض لإثارة ضرر جديد وهو " ضرر عدم الاستعداد "، وذلك في مجال نقص الإعلام.

يشبه ضرر عدم الاستعداد ضرر فوات الفرصة في تبعيته للضرر النهائي من حيث الوجود وكيفية تقدير التعويض عنه كالتالي:

عندما يكون التدخل الطبي غير ضروريا فإن المريض يتمتع بحرية الاختيار بين قبول ورفض ذلك التدخل، لذا عند حرمانه من هذه الحرية يمكن له وبصفة أكيدة طلب التعويض عن فوات فرصة تجنب الخطر. أما عندما تؤول حالة المريض الصحية، بصفة لا مفر منها، إلى العجز أو الوفاة عند الامتناع عن التدخل الطبي، فإن المريض في هذه الحالة ليس له حرية في الاختيار بين القبول أو الرفض، لذا لا يمكن التمسك بنقص الإعلام كأساس لتقديم طلب التعويض عن فوات فرصة. لذا نادى بعض الفقه أمثال " P.JOURDAIN ، ML MOQUET-ANGER " بإمكانية إثارة ضرر آخر قد يكون ضررا معنويا أو ماليا يطلق عليه تسمية "*ضرر عدم الاستعداد* "[1].

قد سبق وأن اقترح الأستاذ "ميشال بنو Michel PENNEAU" هذه الفكرة في مقاله الصادر سنة 1999 [2]. فرغم كون التدخل الطبي أمر لا يمكن الاستغناء عنه بالنظر إلى تدهور حالة المريض الصحية، فإن وجود خلل في الإعلام حول إمكانية وقوع خطر استثنائي يمكن أن يكون سببا في إثارة ضرر آخر، وهو ضرر عدم الاستعداد الذي يمكن أن يأخذ أحد الوجهين التاليين:

إمّا يحتج المريض، نظرا لنقص الإعلام، بعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة، الوظيفية مثلا، إثر وقوع ذلك الخطر الذي لم يعلم مسبقا بإمكانية وقوعه، وإحداث الضرر النهائي

(=)l'administration des soins qui lui ont été données ». Cité in: Diane BONDON-TOURRET, *Etablissements de santé, La faute de diagnostic : quelle responsabilité pour l'établissement public de santé en 2008 ?*, Gazette du Palais, rub Doctrine, n°6 (nov. – déc.) 2008, p 3965.

1- Clodite RAUGE-MAILLART, Nathalie JOUSSET, Michel PENNEAU, *Influence de la loi du 4 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information…*, *op. cit*, p 69.

2- Michel PENNEAU, *Le défaut d'information en médecine (note sous CA Angers, 11 sept 1998)*, D., n°3 du 21 janvier 1999, rub Juris, pp 46 _ 50.

اللاحق به، خاصة عندما يحتل المريض مركز وظيفي هام في مؤسسة ما أو باعتباره ربّ العائلة، بالتالي يترتب عنه ضرر مالي. إمّا، وفي صورته الثانية، أن يحتج المريض، بعدم استعداده النفسي للخطر الذي لم يعلم به[1].

قد يثير نقص الإعلام أمام القضاء ضررا معنويا[2] أو ضرر فوات فرصة تجنب الخطر، ولكن لم يثر بعد ضرر عدم الاستعداد. في سنة 2004، ونظرا لارتكاب الطبيب لخطأ في الإعلام، تقدم المريض أمام القضاء لطلب التعويض عن ضرر فوات الفرصة تجنب ذلك الخطر الاستثنائي، إلاّ أن القضاء رفض طلبه على أساس أن التدخل الطبي لا مفر منه نظرا لحالته المرضية الأصلية المتدهورة.

نقض المريض هذا القرار بحجة أن نقص الإعلام حول إمكانية وقوع خطر استثنائي، قد سبب له ضررا معنويا مغايرا عن ضرر فوات فرصة تجنب العملية التي كانت جدّ ضرورية، إلاّ أن محكمة النقض رفضت الأخذ بعين الاعتبار بفكرة " ضرر عدم الاستعداد "[3].

لكن، وفي سنة 2007 تقدمت محكمة النقض الفرنسية بخطوة جريئة، وذلك بقبولها لفكرة ضرر عدم الاستعداد بموجب قرارها الصادر بتاريخ 6 ديسمبر 2007. ويتمثل مجمل وقائع هذه القضية، أن مريضا خضع لعملية جراحية دون إعلامه بإمكانية وقوع خطر ما، مما دفعه إلى طلب التعويض على أساس فوات فرصة تجنب الخطر.

لكن محكمة استئناف "بوردو"، في قرارها الصادر بتاريخ 30 جوان 2006، استبعدت التعويض عن ذلك الضرر مادام أن حالة المريض الصحية الجسيمة لم تترك له مجال لإمكانية الاختيار بين قبول أو رفض العملية. إلاّ أن محكمة النقض الفرنسية قضت

---

[1]- Michel PENNEAU, *Le défaut d'information en médecine (note sous CA Angers, 11 sept 1998)*, *op. cit*, p 50.

[2]- Cass. 1ère Civ, 14 fév. 1973, C.A Paris, 20 fév. 1992, Cass. 1ère Civ, 22 déc. 1994, C.A Metz, 17 av. 2003. Cité in : Stéphanie PORCHY, *Lien causal, préjudices réparables*..., *op. cit*, p 380.

[3]- Clodite RAUGE-MAILLART, Nathalie JOUSSET, Michel PENNEAU, *Influence de la loi du 4 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information* ..., *op. cit*, p 69.

بوجوب التعويض عن ضرر معنوي ناتج عن النقص في الإعلام، وذلك نظرا لأن المريض لم يستعد نفسيا لتلقي الضرر الناتج عن الخطر الذي لم يعلم بإمكانية وقوعه[1].

انتقد مستشار الحكومة " بيار سارقو P. SARGOS" هذا التوجه القضائي، ونادى باستبعاد التعويض عن أيّ ضرر معنوي عند إخلال الطبيب بالتزامه بإعلام المريض خاصة أن هذا الأخير لا يتمتع بأية فرصة في الشفاء بالنظر إلى حالته المرضية الأصلية المتدهورة[2].

يتم إثارة هذا الضرر عندما تغيب فرصة الاختيار بين قبول أو رفض التدخل الطبي، خاصة عندما يكون الضرر الناتج عن تحقق الخطر ضررا جسيما، وبالتالي تلقى المريض صدمة نفسية. هذا الضرر ذو طبيعة معنوية ، يتم تقديره بالنظر إلى جسامة الضرر الناتج عن تحقق الخطر.

يعتبر ضرر عدم الاستعداد ضررا معنويا متمتعا بكل خصائص الضرر المعوّض عنه، فهو ضرر مباشر وذات طابع شخصي، أما الصفة الأكيدة فيه تبقى محل نقاش. فهل المريض سوف يتحمل الصدمة لو تم إعلامه بالخطر؟ هنا يكمن الشك الذي يكون على القاضي مهمة تفسيره.

كأصل عام، تواجه القاضي صعوبات عند تقديره للتعويض عن الضرر المعنوي، إلاّ أن الأمر غير ذلك عند الحديث عن ضرر عدم الاستعداد. فرغم كونه كذلك، إلاّ أنه، بخلاف الأضرار المعنوية الأخرى، يتميز بمعيار خاص ملموس وواقعي يساعد القاضي

1- Cass. 1ère Civ, 6 déc. 2007 : « Attendu que l'Arrêt retient que le manquement par M.Y a son devoir d'information a l'égare de Jean-Louis X avait été la source d'un préjudice moral ; constatant ainsi, quand seul préjudice indemnisable a la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin ; la quel a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échappé au risque qui s'est finalement réalisé, la cour d'appel a violée les textes susvisées… ». Cité in: Clodite RAUGE-MAILLART, Nathalie JOUSSET, Michel PENNEAU, *Le préjudice moral né du défaut d'information du patient*, Médecine & Droit, 2009, p 1. Disponible sur : www.sciencedirecte.com
Ou www.em-consult.com

2- Pierre SARGOS, *L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral*, D., n°3 du 17 janv. 2008, rub Chron, p 192.

على تقدير التعويض، والذي يتمثل في " درجة جسامة الضرر الناتج عن تحقق الخطر "، فكلما كانت الصدمة النفسية خفيفة كان مقدار التعويض بسيطا، والعكس صحيح.

هذا ما يجعل ضرر عدم الاستعداد، ضررا مغايرا للضرر المعنوي المجرد الناتج عن الخطأ في الإعلام[1]، لكنه مماثل لضرر فوات الفرصة عند الحديث عن مسألة تقديره. وبتعبير آخر، يتمسك القاضي بعلاقة التبعية التي تربط ضرر فوات الفرصة أو ضرر عدم الاستعداد بالضرر النهائي، حتى يفسر الشك القائم حول مدى تمتع المريض بفرص جدية للشفاء أو مدى استعداد المريض نفسيا وماليا لتحمل الخطر. وبالتالي تقدير التعويض المناسب لذلك الضياع أو عدم الاستعداد.

نتيجة لذلك، تكون علاقة التبعية التي تربط الضرر الأوّلي المحقق بالضرر النهائي الاحتمالي اللاحق بالمريض، بمثابة مفتاح لحل مسألة التعويض عن ضرر فوات الفرصة.

[1]- Clodite RAUGE-MAILLART, Nathalie JOUSSET, Michel PENNEAU, *Le préjudice moral né du défaut*..., *op. cit*, p 4.

المبحث الثاني

التعويض عن ضرر فوات الفرصة

تهدف السلطة التقديري لقاضي الموضوع في إثبات حرمان المضرور من فرصة ما، إلى الحكم بتعويض مناسب لذلك الضياع. وبتعبير آخر، كلما توافرت في الفرصة نسبة احتمال كافية لتحققها لولا الخطأ الثابت، اعتبر ضياعها ضررا أكيدا ومحققا يستوجب التعويض لجبر الضرر.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو كيف يمكن ترجمة ضياع الفرصة إلى مقدار مالي؟، هنا يكمن الغموض الذي تتميز به نظرية فوات الفرصة. ومن أجل إزالة هذا الغموض، لجأ قضاء النقض الفرنسي إلى التمسك بمقدار التعويض المناسب للضرر النهائي، وربطه بنسبة احتمال تحقق النتيجة المرجوة كطريقة مثلى للتعويض عن فوات الفرصة **(المطلب الأول)**. لكن قضاة الموضوع اتبعوا طرقا أخرى لتقدير التعويض عن فوات الفرصة، مما جعل الفقه يتساءل عن طبيعة ذلك التعويض **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

طريقة تقدير قيمة التعويض عن فوات الفرصة

تبرز خصوصية ضرر فوات الفرصة عند التطرق إلى كيفية تقدير التعويض المناسب له. إذ تتم طريقة التعويض في مرحلتين هما الأوّلى، وتتمثل في حساب نسبة احتمال تحقق الفرصة لولا الخطأ الطبي، وأما الثانية، فهي تتجلى في ربط تلك النسبة بقيمة التعويض عن الضرر النهائي، لذا يطلق عليها تسمية "طريقة التعويض المضاعف"**(الفرع الأوّل)**.

تدرج في النتيجة الحسابية التي يتم التوصل إليها بعض العناصر المعروفة في القواعد العامة التي تحكم التعويض عن الضرر **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول
طريقة التقدير المضاعف لفوات الفرصة

تتم طريقة التقدير المضاعف لضرر فوات الفرصة عن طريق الربط بين قيمة الضرر النهائي ونسبة احتمال تحقق الفرصة، فتعكس النتيجة النهائية قصر التعويض عن الفرصة الضائعة فقط **(أوّلا)**. بهذه الطريقة يتم استبعاد طريقة التعويض الجزافي لها **(ثانيا)**.

أوّلا: محدودية التعويض في الفرصة الضائعة

يتحدد مقدار التعويض عن فوات الفرصة في قيمة الفرصة الضائعة فقط، وليس بمقدار الفائدة المرجوّة منها لو تحققت. أكد القضاء الفرنسي على هذا المبدأ في أكثر من مناسبة[1]، بهذه الطريقة يكون القضاء قد وضع حدا أقصى لقيمة التعويض عن فوات الفرصة الذي لا يجب أن يكون أعلى من القيمة التقريبية للفرصة الضائعة في حدّ ذاتها، ولا مساويا لقيمة التعويض عن الضرر النهائي اللاحق بالمضرور.

هذه المحدودية المجسدة في قيمة الفرصة تعكس مرة أخرى خصوصية نظرية فوات الفرصة باعتبارها فكرة تقوم على وجود ضررين مغايرين لكنهما مرتبطان، إلاّ أن الضرر الأكيد الذي يتم تعويضه هو ضرر فوات الفرصة فقط دون تعويض الحالة النهائية التي يتواجد فيها المريض.

يبرر الأستاذ "بوري" هذا المبدأ على أساس أن مقدار التعويض لا بد أن يكون« موازيا لعلاقة السببية المحتملة بين الخطأ الطبي الثابت والضرر النهائي »[2]، فخاصية الاحتمال التي تتميز بها الفرصة هي التي تضفي الصفة الأكيدة لضرر فوات

---

[1]- Cass. 1ère Civ : 9 mai 1973, 16 juil. 1998, 6 av. 2000, ... « La réparation de la perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée,.. ». Cité in : M. BERAUD, *Le principe de la réparation...*, *op. cit,* p 30.

[2] - Cité in: Rodolphe ARZAC, *L'indemnisation de la perte de chance...*, *op. cit*, p 782.

الفرصة، إذ تعتبر بمثابة شرط في تقدير قيمة التعويض وحاجزا له، فتمنعه من بلوغ قيمة مالية لتغطية الضرر النهائي الذي يعتبر ضررا غير أكيد[1].

من أجل التوصل إلى إسناد قيمة مالية للفرصة الضائعة، لابد على قاضي الموضوع تطبيق طريقة يطلق عليها " طريقة التقدير المضاعف " التي تتم وفق مرحلتين أساسيتين هما:

المرحلة الأولى: يقوم فيها القاضي بحساب وتقدير قيمة الضرر النهائي، والذي يتمثل في الكسب الأصلي الاحتمالي الذي حرم منه المضرور بسبب فوات فرصته، أي قيمة الشفاء أوقيمة تحسن حالته لولا الخطأ[2]. وبتعبير آخر، على القاضي تقدير مبلغ التعويض الإجمالي للضرر النهائي اللاحق بالمريض، وذلك تطبيقا للقواعد العامة إذ يشمل الضرر الجسماني، والضرر المادي، والضرر المعنوي[3].

المرحلة الثانية: يتم فيها تحديد قدر الأهمية في الفرصة وما كان مهيأ لها في تحقيق النتيجة المرجوة من خلال التدخل الطبي، ويمثل ذلك القدر من الكسب " القيمة الذاتية للفرصة الضائعة "، والذي يعكس دائما جزءا من الضرر النهائي[4]. ويتحدد هذا الجزء، استنادا إلى نسبة احتمال رفض المريض للعملية الجراحية لو تم إعلامه بالخطر[5].

تهدف هذه العملية الحسابية إلى إيجاد توازن عددي يحدد بواسطته قيمة الفرصة، والتي يسند لها عامل الفعّالية أو التأثير مثلها مثل الأسباب الأخرى التي قد تؤدي إلى وقوع الضرر النهائي. يعني ذلك، تجزئة هذا الأخير إلى عدد معين من الاحتمالات التي تسند كل واحدة منها إلى إحدى العوامل المؤدية لوقوعه.

---

[1]- M. BERAUD, *Le principe de la réparation*..., *op. cit*, p 30.

[2]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، مرجع سابق، القسم الثاني، ص 168.

[3] - Nathalie ALBERT, *Obligation d'information médicale*..., *op. cit*, p 360. Voir not: Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice*..., *op. cit*, p 687.

[4]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، مرجع سابق، القسم الثاني، ص 168.

[5] - Sanaa MARZOUG, *L'obligation d'information*..., *op. cit*, p 65.

أيدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 8 جويلية 1997، طريقة التقدير المضاعف التي طبقها قضاة الموضوع في قضية "موريس" Meurice، أين ثبت خطأ الأطباء في تشخيص المرض، مما أدى إلى تفويت فرصة الشفاء أو فوات فرصة تجنب المريض ضرر الإعاقة، وكان في تعويض فوات الفرصة التناسب مع جسامة وآثاره الضرر النهائي اللاحق بالمريض.

قدر قضاة الموضوع مبلغ التعويض عن الضرر الجسماني بمقدار(13, 171336 فرنك فرنسي) وعن الضرر المعنوي بمبلغ (79150 فرنك فرنسي)، وأن نسبة احتمال تحقق الفرصة حددت ب 50%. نتيجة لذلك، يكون التعويض عن فوات فرصة الشفاء بمبلغ (125243,065 فرنك فرنسي)[1].

أسند المستشار" بيار سارقو " (P.SARGOS) عند تحليل لهذا القرار أدوارا محددة للضحية والقاضي: فكان على الأولى اقتراح مقدار التعويض الذي يناسب مختلف الأضرار التي تعاني منها الضحية جراء الخطأ الطبي، ثم على الثاني، وبعد التحقق من ثبوتها، تحديد جزء هذه الأضرار الموافقة لفوات فرصة تجنبها لو لم يرتكب الخطأ الطبي. فتم تقدير فوات فرصة التعرض للخطر من طرف قضاة الموضوع وفق التفكير التالي:

أوّلا: النظر إلى وقائع القضية كما لو أن الخطأ الطبي قد سبب الضرر بأكمله، وتقدير التعويض المناسب لكل الأضرار اللاحقة بالمريض. ثانيا: تثبيت جزء من كل هذه الأضرار وإسناده لفوات الفرصة[2].

استوحى مجلس الدولة الفرنسي من هذا التحليل القضائي، وذلك في قرار "المركز الإستشفائي فيان" الصادر في 21 ديسمبر 2007 إذ جاء فيه ما يلي: " عندما يثبت أن الخطأ الطبي المرتكب أثناء عناية المريض في المرفق الإستشفائي العام، قد منع فرص تحسن حالته الصحية أو تجنب ضرر تفاقمها، فإن الضرر المترتب مباشرة عن ذلك

---

[1]- Cass. 1ère Civ, 8 juil. 1997, n° pourvoi: 95-18113. Voir sur: www.Légifrance.gouv.fr.

[2] - Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière…*, *op. cit*, p 1028.

الخطأ الطبي، والذي لا بد من تعويضه كاملا، ليس ذلك الضرر الجسماني النهائي، بل هو فوات فرصة بروز هذا الضرر".

وأضاف بتقرير " إن التعويض الذي يتحتم على المستشفى دفعه لا بد أن يقدر بجزء من الضرر الجسماني الذي يحدد تناسبا مع درجة وأهمية الفرصة الضائعة " [1] .

هذه الطريقة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة ليست بالأمر الجديد للقضاء الإداري، لأنها طبقت مسبقا عند ثبوت خطأ الطبيب في الإعلام، وذلك انطلاقا من القرار الصادر بتاريخ 5 جانفي 2000 بصدد قضية " المساعدة العامة مستشفيات باريس " ضد فريق " تالTelle ".

فقد قام القضاة، في مرحلة أولى، بتقدير الضرر الجسماني المترتب عن التدخل الجراحي أي العجز الجسماني المؤقت بمبلغ 1451250 فرنك فرنسي، وضرر البهجة والآلام والضرر الجمالي بمقدار150000 فرنك فرنسي. أما الأضرار اللاحقة بالزوجة بمقدار 60000 فرنك فرنسي. وفي مرحلة ثانية، قام بتثبيت جزء من هذه الأضرار بنسبة 1/5 التي تمثل فوات فرصة التعرض للخطر الذي تحقق من جراء نقص الإعلام.

تم استنباط هذه النسبة عن طريق التقريب من جهة أولى، بين مخاطر العملية الجراحية المقترحة، ومن جهة ثانية، مخاطر المرض في حالة عدم الخضوع لها. فالمقارنة بين هذه المخاطر من طرف الخبراء الطبيين والاستعانة بالاحتمالات وجدوا أن احتمال رفض المريض للعملية يقدر بنسبة 20%[2].

---

[1]- CE, sect, 21 déc 2007 (Centre hospitalier de Vienne n°289328) : « Dans le cas ou la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'évité que se dommage soit advenu…la réparation qui incombe à l'hôpital doit alors évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue… », A.J.D.A, n° 3, 2008, p 140.

[2]- Pierre BON, *Alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire, (Note sous Conseil d'Etat, Section, 5 janvier 2000 Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Consort Telle)*, *op. cit*, p 662.

إذن المبدأ المعمول به هو تقدير مبلغ التعويض المناسب للضرر النهائي ثم إسناد الفرصة الضائعة نسبة احتمال تحققها، فيحصل المضرور في النهاية على تعويض جزئي. هذا الأخير اختلفت الآراء بشأنه بين القبول والرفض، إلاّ أنها اتفقت على رفضها البات لتعويض ضرر فوات الفرصة تعويضا جزافيا.

ثانيا: رفض التعويض الجزافي لضرر فوات الفرصة

إن تعويض فوات الفرصة تعويضا جزافيا كان دائما مرفوضا، لأنه يعبر عن تعويض رمزي لضرر معنوي أو نفسي أو مادي بسيط لا أكثر من ذلك، مما يسقط على ضرر فوات الفرصة خصوصياته.

نتيجة لذلك، لا يمكن قصر على مجرد ضرر معنوي بسيط أو غيره مادام أنه قد يشملها. يمكن لفوات الفرصة أن يكون لها آثار وخيمة على المضرور كأثر مادي، وجسماني (العجز أو الوفاة) ونفسي (حرمان من المتعة والبهجة...) أي قد يكون فوات الفرصة مصدر لعدة أضرار تصيب المريض جراء حرمانه من إمكانية الشفاء أو حرمانه من الحصول على نتائج أفضل.

عبرت محكمة النقض الفرنسية عن رفضها للتعويض الجزافي لفوات الفرصة ، إذ قضت في إحدى قراراتها على أن : " تعويض ضرر فوات فرصة حصول المريض على نتائج أفضل لحالته الصحية أو تجنبه ضرر الإعاقة لا يتم بطريقة الجزاف، بل لا بد أن يمثل جزء من الأضرار اللاحقة بالمضرور، لذا كان على محكمة الاستئناف تقدير التعويض المناسب لمختلف هذه الأضرار... " [1].

أما القضاء الإداري الفرنسي سار خلاف ذلك، إذ قررت محكمة استئناف باريس في قضية "Guilbot"، عندما أقرت مسؤولية المستشفى عن فوات الفرصة على المريض في عدم التعرض للخطر الذي تحقق، نتيجة للخطأ الطبي الثابت " نقص في الإعلام " بدفع تعويض جزافي، فهي تعتبره، على غرار مستشارة الحكومة" Elise Gorouge " في تعليقها

[1]- Cass. 1ère Civ, 17 déc. 1998 : « La réparation du dommage résultant de la perte de chance d’obtenir une amélioration de son état ou d’échapper à une infirmité, ne présente pas un caractère forfaitaire, mais correspond à une fraction des différents chefs de préjudice qu’il a subi… ». Cité in : M.BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 31.

لهذا القرار، ضرر يختلف عن المساس بالكمال الجسدي للمريض المترتب عن العملية الجراحية ذاتها[1].

وقررت المحكمة أن الضرر الذي أصاب السيد " Guilbot " بسبب نقص في الإعلام حول إمكانية وقوع خطر جسيم، يتمثل في فوات فرصة عدم التعرض للخطر الذي تحقق، وبالنظر إلى مختلف الأضرار الجسمانية واضطراب ظروف المعيشة، فإن التقدير الصحيح لتعويض ضرر فوات الفرصة الذي لا بد أن يدفعه مستشفى باريس للسيد Guilbot يقدر بمبلغ 200000 فرنك فرنسي[2].

يلاحظ أن القاضي الإداري قام بتقدير قيمة التعويض عن فوات الفرصة بطريقة مباشرة، دون الإشارة إلى درجة الخطر الذي قد يتعرض له المريض في حالة رفضه للعملية الجراحية، وهو على علم كامل بكل مخاطرها. فهذا الإجراء يساعده في معرفة مدى أهمية فرصة الشفاء الضائعة على المريض، وهل الإعلام الكامل من عدمه، قد يجنبه الخطر الذي تحقق.

كما أن القاضي لم يتعرض إلى تقدير قيمة التعويض للأضرار الأخرى اللاحقة بالمريض لإسناد جزء منها لفوات الفرصة، كل هذه الأسباب تعكس توجه القاضي الإداري إلى تعويض جزافي لفوات الفرصة الذي يعتبره ضرر ذات طبيعة مغايرة للضرر النهائي.

لم يبق القضاء الإداري الفرنسي على هذا المنوال، إذ سارع مجلس الدولة بمناسبة قضية " تال Telle " لتغيير موقفه، ومسايرة محكمة النقض في اعتبار الضرر المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام ذات طبيعة مماثلة للضرر النهائي، مادام أنه يمثل جزء منه.

---

[1] -Elise GOROUGE, *Devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière (Conclusions sur C.A.A de Paris, 9 juin 1998, Guilbot)*, *op. cit*, p 639.

[2]- C.A.A Paris, Ass. Plén, 9 juin 1998 : « …Qu'eu égard à l'évolution prévisible de la maladie…, au caractère très peu fréquent du risque encouru…et à l'ensemble des préjudices physiques…, il sera fait une juste appréciation de l'indemnisation résultant de la perte de chance en condamnant l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris à payer à M. Guilbot la somme de 200 000 F ;… ». Cité in: R.F.D.A, n° 3, p 640.

وفي الوقت نفسه، إدانة طريقة التعويض الجزافي التي سارت عليها محكمة استئناف باريس بصدد قضية " Guilbot"[1].

قام القاضي في قرار" تال Telle " بتعداد مبالغ التعويض المناسبة للأضرار المختلفة كالتالي: الضرر الجسماني بمبلغ 1451250 فرنك فرنسي الذي يشمل (فوات الكسب وتكاليف العلاج والأدوية بمبلغ 761250 فرنك فرنسي + نسبة العجز الجسماني المقدرة ب 75% تقابل مبلغ 690000 فرنك فرنسي)، وكذا الضرر المعنوي بمبلغ 150000 فرنك فرنسي الذي يشمل(ضرر البهجة والضرر الجمالي). ثم قام بإسناد خمس هذه المبالغ لضرر فوات الفرصة[2]، إلاّ أن مسألة تقدير التعويض عن فوات الفرصة لا تقف في هذا الحدّ، بل هناك عناصر أخرى يأخذها القاضي بعين الاعتبار.

الفرع الثاني

العناصر المتدخلة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة

رغم كون طريقة تقدير التعويض عن فوات الفرصة ذات خصوصية تنفرد بها عن باقي الأضرار الأخرى، إلاّ أنها تبقى خاضعة لبعض القواعد العامة المتعلقة بآثار المسؤولية المدنية، بما فيها رجوع الغير على المسؤول في إحداث الضرر(**أوّلا**)، ومنح تعويض تكميلي للمتضرر في حالة تفاقم الضرر النهائي (**ثانيا**).

---

[1]- من أجل التنظيم الإداري المحكم للقضاء، قام مجلس الدولة بالفصل في موضوع النزاع تطبيقا لنص المادة 821-2 من تقنين القضاء الإداري حتى يكون هذا الحل كنموذج لقضاة الموضوع عند الفصل في مثل هذه القضايا. أنظر:
Sabine BOUSSARD, *Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'usager du système de santé ?, les incertitudes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé*, R.D.P, n° 1, 2004, p 197.

[2]- CE, Sect., 5 janv. 2000, Consort Telle, req n° 181899, R.F.D.A, n° 2, 2000, p 473 et 474.

أوّلا: حق رجوع الغير[1] على الطبيب المسؤول عن فوات الفرصة

يسري حق رجوع الغير على المسؤول في إحداث الضرر وفق أحكام عامة (1) تطبق على مسؤولية الطبيب القائمة على أساس فوات الفرصة (2).

1- القواعد العامة التي تحكم حق الرجوع الغير على المسؤول في إحداث الضرر:

تقضي القواعد العامة أنه إثر وقوع حادث يلحق ضررا جسمانيا للضحية، تتدخل هيئة الضمان الاجتماعي لتقديم إعانات تهدف إما إلى تغطية تكاليف العلاج والأدوية، والتي يطلق عليها ب "الإعانات الخاصة "[2]، أو إلى تغطية فوات الكسب الذي يلحق بالضحية نتيجة للعجز الجسماني المؤقت أو الدائم المترتب عن الحادث، ويطلق عليها تسمية: "الإعانات النقدية"[3].

مجمل هذه الإعانات ذات طابع تعويضي مادامت تهدف إلى تغطية، ولو جزئية، لمختلف الأضرار المترتبة عن الضرر الجسماني[4]. كما أنها مرتبطة بعلاقة مباشرة بحق الرجوع الذي لا تمارسه هيئة الضمان إلاّ بعد أن تدفع للضحية أو ورثتها مبلغ الإعانات التي تستحقها، وبهذا الشكل تحل محلها في الرجوع بقيمتها على المسؤول. أي بفعل دفع الإعانات يتم نقل صفة الدائنية من المضرور إلى هيئة الضمان حتى يتم تجنب إثراء المتضرر[5].

بعد تقدير مبلغ التعويض الإجمالي لكافة الأضرار اللاحقة بالضحية يطرح منه قيمة الإعانات التي قدمتها هيئة الضمان للمضرور، هذا الأخير يكون له حق الرجوع على

---

[1]- يقصد ب" الغير " هيئات الضمانLes tiers-payeurs، مهما كانت صفتها، سواء تمثلت في هيئات الضمان الاجتماعيL'organismes de sécurité social، المستخدم العام أو الخاصL'employeur public ou privé، جمعيات تعاونية Les mutuelles). أنظر:

Yvonne Lambert-Faivre, *Le droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Paris, 2ème édition, 1993, p 392.

[2]- « *Les prestations en nature* ».

[3]- « *Les prestations en espèce* ».

[4]- تختلف نوع الإعانات المقدمة لضحية حادث ما باختلاف الجهة سواء كانت ممثلة بهيئة الضمان الاجتماعي أو شركة تأمين ضد الأضرار الجسمانية في إطار عقد تأمين الأشخاص. لمزيد في تفصيل ذلك أنظر

Yvonne Lambert-Faivre, *Le droit du dommage corporel, op. cit*, p 392.

[5]- Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *les effets de la responsabilité*, L.G.D.J et DELTA, Paris, 2ème édition, 2002, p 287.

المسؤول بما بقي من المبلغ الإجمالي. أي على المسؤول أن يقدم فقط للمتضرر الفرق بين التعويض الإجمالي ومبلغ الإعانات، والتي يطلق عليه تسمية: " الراتب "[1].

لكن المشرع الفرنسي قرر غير ذلك، إذ بالرجوع إلى نص المادة 376-1 من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي المتعلقة بأساس الرجوع[2]، وبالتحديد إلى الفقرة الثالثة منها، فإنها تسمح لهيئات الضمان بممارسة حقها في الرجوع على المسؤول أو مؤمنه في حدود التعويض الممنوح لتغطية المساس بالكمال الجسدي للضحية، باستثناء التعويض الشخصي المقابل للآلام الجسدية والمعنوية التي تعاني منها، وكذا الضرر الجمالي، وضرر البهجة...[3] التي تعود الضحية بقيمتها على المسؤول.

يحمي هذا الحق المكرس تشريعيا مصالح هيئات الضمان، ولكنه مجحف في حق المضرور، بحيث يتحصل هذا الأخير على تعويض جزئي للأضرار الاقتصادية المتمثلة في مصاريف العلاج والأدوية وفوات الكسب المهني(الإعانات)، وفي مقابل ذلك، تسترجع هيئات الضمان مبالغ تعويضية تفوق مبلغ الإعانات. فهي تتحصل على قيمة جميع الأضرار الأخرى المترتبة عن المساس بالكمال الجسدي للضحية، بما فيها التي لم تقم بتغطيتها أو قامت بذلك لكن بطريقة جزافية، مثل العجز الجسماني المؤقت أو الدائم، وكل

---

[1]- Yvonne Lambert-Faivre, *Le droit du dommage corporel…*, *op. cit*, p 393.

[2] - « *Assiette du recours* ».

[3]- Concernant les recours subrogatoires, (le 3ème alinéa de l'art L.376-1 du code de la sécurité social) dispose que : « *Si la responsabilité du tiers est entière ou si elle est partagée avec la victime, la caisse est admise à poursuivre le remboursement mise à sa charge à due concurrence de la part d'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément ou, s'il y a lieu, de la part d'indemnité correspondant au préjudice moral des ayants droi*t ». Cité in: Philippe COURCIER, *Code de la sécurité sociale Français*, Litec, Paris, 4ème édition, 2003, p 335.

تقابل هذه المادة، المادة 31 من قانون " بادنتر"BADINTER، الصادر بتاريخ 5 جويلية 1985 المتعلق بتعويض ضحايا حوادث المرور وتحسين إجراءات التعويض، والذي خصص موادا (من المادة 28 إلى المادة 34) تتضمن أحكاما عامة تسري على العلاقات بين هيئات الضمان والمسؤول عن الضرر اللاحق بالضحية، وذلك مهما كانت طبيعة الحادث الذي تسبب في هذا الضرر.

ما يترتب عنها من مصاريف إعداد وتهيئة السيارة والمنزل المناسبين للإعاقة وهذا ما يطلق عليه ب " إجمالية حق الرجوع "[1].

في حالة اشتراك خطأ المسؤول وخطأ الضحية في إحداث الضرر اللاحق بها، هل المبلغ الذي ترجع به هيئة الضمان يتناسب مع قيمة الإعانات التي قدمتها للضحية؟ أو هل يؤدي خطأ الضحية إلى تقليص مبلغ أساس الرجوع مادامت متضامنة مع المسؤول في إحداث الضرر اللاحق بها؟.

لا يمس التضامن في المسؤولية بين الضحية والمسؤول بالامتيازات التي منحتها الفقرة الثالثة من المادة 376-1 من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي، بحيث أن الهيئة، التي قدمت فقط للضحية جزء من قيمة الإعانات[2]، ترجع بكل التعويض الجزئي للضرر الجسماني الذي تسبب المسؤول في إحداثه.

وبتعبير آخر، بدلا من رجوع هيئة الضمان على المسؤول بجزء من الإعانات التي دفعتها للضحية، والذي يعتبر بمثابة الحل القانوني الصحيح والمنصف لجميع الأطراف إلاّ أنه مستبعد من قبل المشرع الفرنسي، فهي ترجع بقيمة التعويض الواقعة على عاتق المسؤول[3]. والتساءل المطروح: هل يختلف الأمر عندما يكون المتضرر ضحية فوات فرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة أو تجنب الخطر؟

---

[1]- ترى الأستاذة" Lambert-Faivre" أن الإجحاف الواقع في حق المضرور سببه عدم دقة المصطلحات المستعملة من طرف المشرع الفرنسي في نص المادة 376-1/[3] من تقنين الضمان الاجتماعي، فعبارة " تعويض المساس بالكمال الجسدي " يدرج فيه قيمة العجز الجسماني الدائم الذي لم تغطيه الإعانات. أما فيما يخص عبارة " بإستثناء التعويض ذات طابع شخصي "، هل يفهم منه استثناء كل الأضرار الشخصية بصفة عامة أو نستثني فقط الأضرار المعنوية المحددة في نص المادة. أنظر في تفصيل ذلك:

Yvonne Lambert-Faivre, *Le droit du dommage corporel…*, *op. cit*, p 403 et 404.

[2]- في حقيقة الأمر، فإن الإعانات الاجتماعية موجهة حتى للمضرور المخطئ. بمعنى أن الضحية رغم كونها، بفعل إهمالها أو رعونتها، السبب في إحداث الضرر الذي لحق بها فإنه يستحق مبلغ الإعانات بأكملها، فهو حق يعود له بمجرد كسبه لمركز المؤمن. أنظر:

Ibid, p 400.

[3]- Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit*, p 319.

2- القواعد التي تحكم حق رجوع الغير على الطبيب المسؤول عن فوات الفرصة:

يطبق القضاء الفرنسي الأحكام نفسها المتعلقة بحق الرجوع عند التضامن في المسؤولية على مسؤولية الطبيب عن فوات فرصة تجنب المساس بالكمال الجسدي للمريض، هذا ما يعكسه قرار "مريس Meurice" الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 8 جويلية 1997.

بعد ثبوت خطأ الأطباء الثلاث في إصرارهم على مواصلة العلاج بتشخيص خاطئ للمرض رغم ملاحظتهم لحالة المريض الصحية التي تتدهور تدريجيا، أقرت مسؤوليتهم عن فوات فرصة على السيد "مريس" في تجنب ضرر الإعاقة، واعترفت لهيئة الضمان الاجتماعي بحق الأولوية عن المريض في الرجوع على المسؤولين (الأطباء أو مؤمنهم) بمبلغ التعويض المقابل لضرر "فوات فرصة تجنب المساس بكمال الجسدي"، باستثناء التعويض المقابل للضرر الشخصي[1].

تعتبر هذه الطريقة مجحفة في حق الضحية، لأن هذه الأخيرة تتحصل فقط على مبلغ التعويض عن الضرر الشخصي، أما هيئة الضمان تسترجع مبلغ أكبر من قيمة الإعانات التي دفعتها. وهذا ما تعكسه المبالغ التالية:

- قيمة ضرر "فوات فرصة تجنب المساس بالكمال الجسدي" هي85668,065 فرنك فرنسي، التي ترجع بها هيئة الضمان الإجتماعي صاحبة حق الأولوية عن الضحية في الرجوع على المسؤول في إحداث الضرر، وذلك مقابل الإعانات التي دفعتها للمريض والمقدرة بمبلغ 58631,38 فرنك فرنسي.
- أما المريض يرجع فقط على المسؤول بمبلغ 39575 فرنك فرنسي الذي يمثل قيمة "فوات فرصة تجنب الضرر الشخصي"[2].

يعكس هذا الحل، حالة التضامن في المسؤولية بين الضحية والغير المسؤول في إحداث الضرر، مما ينفي صفة الخصوصية على ضرر فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، ويجعله ذات استقلال نسبي بالنسبة للضرر الجسماني، فهو حل غير عادل في

[1]- Cass. 1ère Civ, 8 juil. 1997, n°: 95-18113, voir l'intégralité de cet arrêt sur : www.legifrance.gouv.fr

[2]- *Ibid.*

مواجهة الضحية التي تتلقى تعويض تافه يعبر عن جزء من الضرر المعنوي الذي يقدر دائما بمبالغ ضعيفة مقارنة مع مبلغ التعويض عن المساس بالكمال الجسدي[1].

سار القضاء الإداري الفرنسي على نفس المنوال، إذ سمح، في قضية "تالTelle "مثلا، لهيئة الضمان بالرجوع على المسؤول بمبلغ التعويض المقابل لفوات فرصة تجنب الضرر الجسماني، بإستثناء التعويض ذات الطابع الشخصي، وهذا تمسكا بمضمون الفقرة الثالثة من المادة 376-1 من تقنين الضمان الاجتماعي. فقد تم تحديد معامل فوات الفرصة بخمس الضرر النهائي، لذا تحصلت الهيئة على مبلغ 290250 فرنك فرنسي، وذلك مقابل 30000 فرنك فرنسي الممنوحة للمضرور لتغطية الأضرار ذات الطابع الشخصي(ضرر البهجة، الآلام الجسدية والضرر الجمالي)[2].

تفاديا لهدر حقوق الضحية، اقترح مستشار الحكومة " تيري أولصن Terry Olson " حلا يقضي بتطبيق معامل فوات الفرصة على المبلغ الذي ترجع به هيئة الضمان. ويعني ذلك، بدلا من رجوع الهيئة على المسؤول بالمبلغ الإجمالي لضرر فوات فرصة تجنب المساس بالكمال الجسدي للضحية، أي بمبلغ 290250 فرنك فرنسي في قضية " تال "مثلا، ترجع فقط بخمس هذا المبلغ. أما الباقي، فضلا عن قيمة تعويض الضرر المعنوي، تستفيد منه الضحية. تضمن هذه الطريقة نوعا من العدالة بين الضحية وهيئة الضمان في رجوعهما على المسؤول[3].

لم يأخذ القضاء الإداري بهذا الحل المقترح، واستمر في منحه لهيئة الضمان الحق في الرجوع على التعويض المقابل لفوات فرصة تجنب الضرر الجسماني. أكثر من ذلك، فهو يدرج ضمن أساس رجوع، قيمة تعويض ضرر" الاضطراب في ظروف الحياة "، والذي يعتبر بمثابة ضرر معنوي يستفيد منه المضرور[4].

---

[1]- Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière…*, *op. cit*, p 1029.

[2]- CE sect., 5 janv. 2000, Consort Telle, voir l'arrêt dans : R.F.D.A, n°2, 2000, p 474.

[3]-Cité in: Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière…*, *op. cit*, p 1030.

[4]- CE, ass. 19 févr. 1975, CE 19 mai 2004. Cité in: *Ibid*.

أما القضاء العادي، فقد سمح لهيئة الضمان بالرجوع على المسؤول، زيادة عن تعويض فوات فرصة تجنب الضرر الجسماني، بقيمة التعويض المناسب للضرر الوظيفي الذي لم تقم بتغطيته عن طريق الإعانات الاجتماعية. ويقصد بالضرر الوظيفي " كل الاضطرابات البسيكولوجية التي تعاني منها الضحية، والتي أثرت على ظروف عملها وعلى التصرفات الضرورية التي تقوم بها في حياتها اليومية ".

اعتبرت محكمة النقض الضرر الوظيفي بمثابة ضرر جسماني ذات طابع موضوعي يدرج في أساس الرجوع، وأكدت على عدم المزج بينه وبين " الاضطرابات في العلاقات العاطفية، والعائلية والنشاطات التي تقوم بها الضحية في أوقات الفراغ "، والتي تدخل في إطار ضرر البهجة وتستثنى من أساس الرجوع[1].

حوصلة لما سبق تحليله، فإن أساس رجوع هيئة الضمان على المسؤول في إحداث الضرر الجسماني لا يقتصر فقط على مبالغ تعويض الأضرار الاقتصادية التي قامت بتغطيتها جزئيا عن طريق الإعانات، بل يمتد ليشمل قيمة تعويض بعض الأضرار غير الاقتصادية التي لم تقم بتغطيتها.

من أجل تغيير هذه الوضعية الظالمة لحقوق الضحية[2]، تم إسناد مهمة إعادة النظر في مسألة التعويض عن الضرر الجسماني بما فيها ممارسة هيئات الضمان والمضرور

---

[1]- Cass. Civ, ass. plén. 19 déc. 2003, arrêt analysé par: Patrice JOURDAIN, Responsabilité civile, conditions de la responsabilité, *Les tiers payeurs sont admis à exercer un recours sur des indemnités allouées au titre du préjudice fonctionnel que les prestations sociales ne réparent pas*, R.T.D. Civ, rub Chron, n° 2, 2004, p 301.

[2]- يرجع سبب هذه الوضعية إلى تسوية المشرع الفرنسي بين مصطلحي "استرجاع مبالغ الإعانات" و "في حدود التعويض الواقع على عاتق المسؤول" في المادة 376-1/[3] من تقنين الضمان الاجتماعي، لذا إقترح "جورد" استبداله بالنص التالي:

« *Les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent dans la limite de la part d'indemnité mise à la charge du responsable réparant les préjudices économiques, y compris la perte de chance de les éviter, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel correspondant à des préjudices non économiques, à moins qu'un tiers payeurs n'établisse qu'il a effectivement versé à la victime des prestations indemnisant ces préjudices* ». Patrice JOURDAIN, Responsabilité contractuelle, conditions de la responsabilité, *Les tiers payeurs sont admis*..., *op. cit*, p 302.

لحق الرجوع على المسؤول، إلى فريقي عمل يترأسهما على التوالي الأستاذين " Y. Lambert-Faivre" و" J-P. Dintilhac"، وقد أعدا تقريريهما كالتالي:

الأول: في شهر جوان 2003، والذي يتعلق "بتحسين شروط تعويض الضرر الجسماني "[1]، والثاني في شهر جويلية 2005، والذي يتضمن "مدونة للأضرار الجسمانية"[2]، ودون التطرق إلى مضمونهما[3]، نتوقف فقط على ما نهتم بدراسته وما اقتبسه المشرع الفرنسي منهما بشأن ممارسة حق الرجوع وأدرجه في قانون 21 ديسمبر 2006 المتعلق بتمويل هيئات الضمان الاجتماعي لسنة 2007 (قانون رقم 2006-1640)، وهو نص المادة 25 منه التي أدخلت تعديلا هاما في الفقرة الثالثة من المادة 376-1 من تقنين الضمان الإجتماعي[4]. يمس هذا التعديل نقطتين هما:

1- يتم ممارسة حق الرجوع على الأضرار "نوع ب نوع " التي قامت هيئة الضمان بتغطيتها، باستثناء الضرر ذات الطابع الشخصي.

2- للضحية حق *الأولوية* عن هيئة الضمان في الرجوع على المسؤول.

1- « *L'amélioration des conditions d'indemnisation du dommage corporel* ».

2- « *La nomenclature des préjudices corporels* ».

3- Voir l'intégralité de ces deux rapports sur : www.ladocumentationfrançaise.fr

4- Le troisième alinéa de l'article L376-1 du CSS est remplacé par trois nouveaux alinéas :
« *Les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent « poste par poste » sur les seuls indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel* ».
« *Conformément à l'article 1252 du Code Civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été prise en charge que partiellement par les prestations sociales ; en ce cas l'assuré social peut exercer ses droits contre le responsable, par préférence à la caisse subrogée* ».
« *Cependant, si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice.*», Loi n° 2006-1640 de financement pour la Sécurité sociale pour 2007 du 21 décembre 2006 (*J.O.R.F du 22 décembre 2007*). Voir sur *:* www.légifrance.gouv.fr

نظرا لغياب نص تنظيمي يحدد أنواع هذه الأضرار، تدخل وزير العدل الفرنسي وأصدر منشورا وزاريا في 22 فيفري 2007[1] يدعو فيه القضاة إلى التمسك بمدونة الأضرار التي أعدتها اللجنة المرؤوسة من طرف الأستاذ " Dintilhac " المتضمنة 29 نوع[2]، وكذلك بجدول الربط بين هذه الأضرار والإعانات الإجتماعية المتواجدة في تقرير "Lambert-Faivre"[3].

لم يبق مجلس الدولة كذلك مكتوف الأيدي، بل أصدر رأيا في 04 جوان 2007[4] الذي اقترح فيه، زيادة عن تعريفه لنوع الضرر، تجميع الأضرار إلى ستة أنواع فقط[5] لتسهيل المهمة على القضاة.

نهتم بدراسة حق الأولوية[1] ومدى تأثيره على انقلاب كفة الميزان لصالح الضحية. فبعدما كان حق الأولوية لصالح هيئة الضمان، والتي تسترجع قبل تعديل 2006 مبالغ تزيد عن مبلغ الإعانات التي دفعتها، أصبح هذا الحق بعد تعديل 2006 لصالح الضحية.

---

[1]- Sabine BOUSSARD, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière…*, *op. cit*, p 1030.

[2]- Cité in: Rapport de Jean-Pierre DINTILHAC, *La nomenclature des préjudices corporels*, juillet 2005, p 48 et 49. Sur: http://lesrapports.ladocumentationfrançaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf. ().

[3]- Voir la table de concordance entre les postes de préjudice et les prestations sociales dans le rapport d'Yvonne Lambert-Faivre, *L'amélioration des conditions d'indemnisation du dommage corporel*, *op. cit*, pp 41_44. Sur: http://lesrapports.ladocumentation française.fr/BRP/034000490/0000.pdf.

[4]- CE 4 juin 2007, Lagier, n° 303422. Voir l'intégralité de cet avis dans la R.D.S.S, n° 4, 2007, pp 691 _ 695.

[5]- Un poste de préjudice est : « *Un ensemble de préjudices de même nature directement liés aux dommages corporels subis par la victime directe* ».

Les postes de préjudices sont : a) Dépenses de santé (dépenses actuelle ou future liées aux frais de soin, d'hospitalisation et aux frais pharmaceutiques et d'appareillage)

b) Frais liés au handicap (frais de logement et de véhicule adaptés et les dépenses liés a l'assistance d'une tiers personne pour les besoins de la vie quotidienne)

c) Pertes de revenues, d) Incidences professionnelle et scolaire du dommage corporel (perte d'une chance professionnelle, l'augmentation de la pénibilité de l'emploi occupé…)

e) Autre dépenses liés au dommage corporel, f) Préjudice personnel (préjudice esthétique, trouble dans les conditions d'existence,…). Cité in: *Ibid*, p 694.

ولغرض فهم هذا الانقلاب، نعرض بعد الأمثلة التي تعالج حالة تضامن الضحية والمسؤول في إحداث الضرر، مادام أن الأحكام المتعلقة بممارسة حق الرجوع والمطبقة عليها تسري كذلك عند ثبوت المسؤولية عن فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية.

مثال: ليكن الضرر مقدرا ب 100، والمسؤول تسبب ب 50% في إحداثه، قيمة الإعانات الاجتماعية المقدمة للضحية بمقدار 60.

قبل تعديل 2006، وتطبيق مبدأ الرجوع الكامل على مقدار التعويض الواقع على عاتق المسؤول، فإن هيئة الضمان تسترجع مبلغ مقدر ب 50، والتي تمثل في حقيقة الأمر حق الضحية اتجاه المسؤول، فهي لا تتحصل منه على أي شيء.

بعد تعديل 2006، بالرجوع إلى تقرير " Lambert-Faivre "[2] الذي أخذ به المشرع الفرنسي، نجد طريقتين هما:

الطريقة الأولى: تتعلق بتطبيق نسبة التضامن على مبلغ الإعانات عندما تمارس الهيئة حقها في الرجوع على المسؤول، وتطبيقا للمثال فإنها تتحصل على مبلغ 30، أما الضحية تتحصل على مبلغ قدره 20 (50 – 30) دون إغفال مبلغ الإعانات. هذا الحل

---

[1]- كرس المشرع الفرنسي **حق الأولوية لصالح الضحية بعد تعديل** 2006، وذلك في الفقرة الرابعة من نص المادة 376-1 من تقنين الضمان الاجتماعي المذكورة أعلاه، إذ يمكن بواسطته للضحية، التي تحصلت على تعويض جزئي للضرر اللاحق بها عن طريق الإعانات، ***تكملة التعويض إلى حد التعويض الإجمالي***، وذلك في حدود مسؤولية المتسبب في الضرر، ولو كانت الضحية في إطار التضامن في المسؤولية، و يرجع الفضل في إيضاح هذه المسألة إلى الرأي القضائي الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 4 جوان 2007 الذي شرح بالتفصيل حق الأولوية بمقارنته مع النص التشريعي، إذ جاء فيه ما يلي:

« L'indemnité mise à la charge tu tiers, qui correspond à une partie des conséquences dommageables de l'accident, doit être allouée à la victime tant que le total des prestations dont elle a bénéficié et de la somme qui lui est accordée par le juge ne répare pas l'intégralité du préjudice qu'elle a subi ». Cité in: Patrice JOURDAIN, Responsabilité civile, effets de la responsabilité, *L'imputation des prestations sociales après la loi du 21 décembre 2006 (CE 4 juin 2007, avis, n°303422, 304214)*, R.T.D.Civ, n°3, 2007, p 559.

[2]- Lire le chapitre V sur l'exercice du recours subrogatoire, l'opposabilité du partage de responsabilité au tiers payeur subrogé, dans : le Rapport Yvonne LAMBERT-FAIVRE, L'indemnisation du dommage corporel, juin 2003, p 49 et50, sur: http://lesrapports.ladocumentationfrançaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf.

يتعارض مع أحكام الرجوع التي تقضي بتطبيق نسبة التضامن على الدين الواقع على عاتق المسؤول وليس على الإعانات المدفوعة للضحية[1].

الطريقة الثانية: تطبيقا للأحكام العامة لحق الرجوع المنصوص عليها في المادة 1252 من التقنين المدني الفرنسي[2]، والتي أخذ بها المشرع الفرنسي في تعديل قانون 21 ديسمبر 2006، فإن الضحية لها حق المطالبة **بتكملة تعويض الضرر اللاحق بها في حدود حقوقها على المسؤول.** أما هيئة الضمان تسترجع الفرق بين دين المسؤول والمبلغ الذي دفعه هذا الأخير للضحية. وتطبيقا للمثال فإن الضحية تتحصل على مبلغ 40، أي (100 – 60)، أما الهيئة تتحصل على 10 أي (50 – 40)[3].

هذا التعديل يخدم مصالح الضحية، فإذا كان المسؤول طبيبا أو مؤسسة صحية عامة أو خاصة، وأن الإعانات لم تغط كل الضرر اللاحق بالمريض، فإن هذا الأخير له حق الرجوع على المسؤول أو مؤمنه[4] بكامل التعويض المقابل لضرر فوات الفرصة.

---

[1]- Patrice JOURDAIN, *La réforme des recours des tiers payeurs: des victimes favorisées*, rub Chron, D., n°7, 2007, p 459.

[2]- Art. 1252: « *La subrogation … ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* ». Cité in: André LUCAS, Code civil Français, Litec, Paris, 24ème édition, 2005.

[3]- Patrice JOURDAIN, *La réforme des recours des tiers payeurs…, op. cit*, p 459.

اقترح مستشار الحكومة "Luc Derepas" طرق أخرى لحساب كيفية رجوع كلا من الضحية و هيئة الضمان على المسؤول في حالة التضامن في المسؤولية، و ذلك بتطبيق تقسيم الأضرار الذي جاء به الرأي القضائي الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 4 جوان 2007، أنظر في تفصيل ذلك:

Luc DEREPAS, *Les recours des caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable: l'avis du juge sur la portée des modifications opérée par la loi 21 décembre 2006*, R.D.S.S, n°4, 2007, p 688 et 689.

[4]- بالنسبة للتشريع الفرنسي، فقد ألزم قانون رقم 303-2002 مؤرخ في 4 مارس 2002 المعدل والمتمم لقانون الصحة العمومي الفرنسي بموجب المادة 1142-2 ممارسي المهن الطبية والمؤسسات الصحية باكتتاب تأمين على مسؤوليتهم المدنية، وإلاّ تعرضوا لدفع غرامة بمبلغ 45000 أورو والمنع من ممارسة المهنة، وقد دخلت هذه المادة حيز التطبيق بموجب قانون رقم 1577-2002 مؤرخ في 30 ديسمبر2002 متعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية. وذلك من أجل إضفاء حماية فعالة للمتضرر وتمكينه من الحصول على التعويض. أنظر:

د. عبد الكريم مأمون، ***رضا المريض عن الأعمال الطبية…***، مرجع سابق، ص 302 و303.(=)

في لحظة تقدير الأضرار فإن كل آثار الحادث مهما كانت طبيعته قد اتخذت بعين الاعتبار في حساب مبلغ التعويض، لكن الضرر ليس بشيء جامد بل يمكن أن تؤول حالة المريض النهائية إلى التحسن أو التفاقم.

ثانيا: تعويض تكميلي لضرر فوات الفرصة عند تفاقم الضرر النهائي

إذا تناقص الضرر بعد أن قدر القاضي التعويض وفقا لما تبيّن له من أضرار أثناء النظر في الدعوى، فلا يجوز إعادة النظر فيه لإنقاصه إعمالا بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه. أما في حالة تفاقم الضرر، يمكن طلب تعويض تكميلي وذلك عندما تثبت الضحية أن هذا التفاقم قد حصل بعد صدور الحكم بالتعويض[1].

عند الحديث عن تفاقم الحالة الصحية للمريض، لا بد من التمييز بين التفاقم من الوجهة الطبية والتفاقم من الوجهة القانونية. فالأوّل، يعني بروز ضرر جسماني جديد بالنظر إلى التقرير الطبي الأوّلي الذي ساعد القاضي في تقدير التعويض، هذا الضرر الجديد يكون بعلاقة مباشرة وأكيدة مع الضرر الأوّلي.

(=)كما أدرج المشرع الجزائري هذا النوع من التأمين ضمن التأمينات الإجبارية بموجب المادة 167 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد13 لسنة 1995 معدل ومتمم، وجاء فيها ما يلي " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير". لذا ليس هناك ما يمنع الأخذ بنظرية فوات الفرصة مادام أن التعويض المقابل لها لن يؤثر على المركز المالي للطبيب مادام أنه مؤمن على مسؤوليته.

[1]- تنص المادة 131 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 لسنة 2005 على مايلي: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق أن يطالب خلال مدة معينة النظر من جديد في التقدير". إذن يمكن التمسك بهذه المادة لمنح تعويض تكميلي عن ضرر فوات الفرصة إذا تفاقمت الحالة الصحية للمريض.

Cass. 1ère Civ, 18 nov. 1960, 29 mai 1973.Cité in: Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit*, p 157.

أما الثاني، فيقصد منه وجود ضرر جديد لم يؤخذ في الحسبان أيّ تعويض سابق، وهو بعلاقة مباشرة وأكيدة مع الفعل الضار المسبب للضرر الأوّلي. هذان المفهومان لا يلتقيان إلاّ عند الحديث عن حالة تفاقم الضرر النهائي بعد صدور الحكم بالتعويض[1].

امتد تطبيق هذه الأحكام العامة ليشمل ضرر فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية، هذا ما يعكسه قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 7 جوان 1989 أين كان المريض، وبسبب خطأ طبي، ضحية فوات فرصة في حصوله على نتائج أفضل مما استوجب تعويضه.

وبعد مدة لاحظ تدهور حالته الصحية، فتقدم إلى القضاء بطلب تعويض تكميلي إلاّ أن محكمة الاستئناف، ونظرا لتمسكها بالاستقلال المحكم للضرر الأوّلي بالنسبة للضرر النهائي، رفضت الطلب بحجة أنه إذا تم التعويض عن ضرر فوات فرصة في الشفاء أو في البقاء على قيد الحياة أو في الحصول على نتائج أفضل أو تجنب التعرض للخطر، فإن تفاقم الحالة الصحية النهائية للمريض لا يؤخذ بعين الاعتبار.

رفضت محكمة النقض هذا الموقف القضائي بالتأكيد مرة أخرى على أهمية العلاقة التي تربط الضرر الأولي بالضرر النهائي، إذ عبرت عن ذلك بتقرير أن " فوات الفرصة تتناسب مع جسامة الحالة النهائية التي يعاني منها المريض، بحيث أن تعويض الضرر اللاحق به يمكن تعديله بالنظر إلى تفاقم العجز الجسماني"[2].

---

[1]- من بين الحالات التي لا تعتبر تفاقما للضرر، وبالتالي لا يمكن إثارة تعويض تكميلي، هي كالتالي:

الحالة الأولى: حالة إصابة المريض بالعدوى، فلا يمكن تقديم طلب تعويض تكميلي لتفاقم الضرر مادام أن هذا الأخير قد أخذ مسبقا بعين الاعتبار عند تقدير التعويض عن ضرر انتقال العدوى الذي يقدم سواء في شكل دفعات أو رأس مال.

الحالة الثانية: في المرحلة ما بين الخبرة الطبية و قبل النطق بالتعويض، أثار المضرور حالة تفاقم، فهذه الحالة تعكس التفاقم من الوجهة الطبية لذا لابد من إعادة التقرير الطبي، لكن من الوجهة القانونية، و مادام أن الضرر الأوّلي لم يعوّض بعد، فليس هناك تفاقم إذ يتم تعويض الضرر الإجمالي تعويضا كاملا طبقا للتقرير الطبي الأخير. أنظر:

Brigitte SICAUD, *Aggravation des dommages corporels et prédispositions pathologiques*, étude mise à jour le : 16 juil 2009, publié sur : www.macsf.fr

[2]- Cass. 1ère Civ, 7 juin 1989 : « La perte est en fonction de la gravité de son (le patient) état réel, de sorte que l'étendue du dommage ainsi subi… pouvait se trouver modifié(=)

يقوم أساس هذا القرار على طريقة تقدير التعويض عن فوات الفرصة الذي يعتبر نتيجة لاحتمال تحقق الفرصة من عدمها. وبتعبير آخر، هو احتمال تجنب الضرر النهائي من عدمه، فإذا تفاقم هذا الأخير من المنطقي أخذه في الحسبان عند تقدير التعويض التكميلي لضرر فوات الفرصة.

انتقدت الأستاذة " Tacchini-Laforest " توجّه قضاء النقض، إذ تعتبر أن فوات الفرصة قد عوّضت حسب احتمالها الذي لا يمكن أن يمتد بامتداد الضرر النهائي، ففرص الشفاء مثلا لا يمكنها أن تزيد أو تنقص مادامت أنها ضائعة، أي قد أصبحت من الماضي وتم تعويضها فليس لها أن تتطور في المستقبل[1].

يترتب عن تمسك القاضي بهذا التحليل القانوني الذي يضفي الاستقلالية المطلقة بين الضررين، إلى استبعاد تطبيق طريقة التقدير المضاعف عند التعويض عن فوات الفرصة، والتي تعتمد بصفة أساسية على طبيعة الضرر النهائي وقيمته التعويضية.

إن ارتباط الضررين أمر لا بد من التمسك به، خاصة في مرحلة تقدير التعويض عن فوات الفرصة التي اختلف فيها القضاء العادي عن القضاء الإداري.

المطلب الثاني

موقف القضاء والفقه الفرنسيين من تقدير التعويض عن فوات الفرصة

رغم تأكيد محكمة النقض الفرنسية على صحة طريقة التقدير المضاعف لفوات الفرصة، إلاّ أنه كثيرا ما امتنع قضاة الموضوع عن تطبيقها، وذلك باللجوء إلى طرق أخرى **(الفرع الأوّل)**.

(=)par l'aggravation de son incapacité… ». Cité in: M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 36. Voir not:

د. عدنان إبراهيم سرحان، ***مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي***، مرجع سابق، ص 181 و182.

[1]- Cité in: M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 36.

ويتساءل الفقه حول مدى اعتبار ضرر فوات الفرصة ضررا قائما في حدّ ذاته، مادات النتيجة التي يتم التوصل إليها اثر تطبيق طريقة التقدير المضاعف، تعكس التعويض جزئي للضرر النهائي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأوّل

طرق تقدير القضاء الفرنسي للتعويض عن فوات الفرصة

تستنبط القواعد التي تحكم تقدير التعويض عن فوات الفرصة تدريجيا من الاجتهاد القضائي الفرنسي، فإذا كانت هذه القواعد، أي طريقة التقدير المضاعف، مقبولة من طرف قضاة النقض، فإن تطبيقها عمليا يختلف فيه القاضي العادي **(أوّلا)** عن القاضي الإداري **(ثانيا)**.

أوّلا: تقدير القضاء العادي للتعويض عن فوات الفرصة

تسمح السلطة التقديرية للقاضي بتحديد نسبة احتمال تحقق الفرصة (1)، مما تجعله عاملا تحكميا في التعويض عن فوات الفرصة (2).

1- السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديد احتمال تحقق الفرصة:

للقول بوجود ضرر فوات الفرصة لا بد على القاضي أن يقتنع بأن الفرصة الضائعة كانت جدية وحقيقية، وأنه لولا خطأ المسؤول لحققت الفرصة النتيجة المرجوة منها. فكلما كانت الفرصة أكثر احتمالا كلما أسند لها القاضي نسبة تحقق عالية وبالتالي تحديد مقدار التعويض المناسب لها.

تقدير التعويض من المسائل التي يستقل بها قضاة الموضوع، أما تعيين العناصر المكونة للضرر قانونا، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع[1].

---

[1]- قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، قرار رقم: 109568 صادر بتاريخ 1994/05/24: " *من المبادئ العامة في القانون أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل، وعلى القضاة أن يبيّنوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات، ومن ثم الحكم بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون.(=)*

تبقى مهمة القاضي في وصفه للوقائع على أنّها تشكل فوات لفرصة، خاضعة لرقابة محكمة النقض لأنها مسألة وصف قانوني. هذا ما يتيح لها تحديد مفهوم فوات الفرصة ورسم الإطار القانوني لعلاقة السببية بين الخطأ الطبي الثابت والنتيجة النهائية الضارة. أما مسألة تقدير التعويض، أي تحديد احتمال تحقق الفرصة، فقاضي الموضوع مستقل في ذلك، هذه الاستقلالية تجعله يتحكم في مقدار التعويض عن فوات الفرصة.

2- تحكم قاضي الموضوع في مقدار التعويض عن فوات الفرصة:

يترتب عن الاستقلالية التي يتمتع بها قاضي الموضوع في تقدير التعويض عن فوات الفرصة، عدم إتباعه لطريقة التقدير المضاعف التي تعتبر الوسيلة المثلى للوصول إلى التقدير، لا نقول الحقيقي، بل التقريبي لضرر فوات فرصة الشفاء أو تجنب التعرض للخطر عند ثبوت الخلل في الإعلام.

عبرت الأستاذة بورشي" PORCHY " عن ذلك بالتأكيد على أن تعويض فوات الفرصة يتم وفق مرحلتين: فعلى القضاة في أوّل الأمر تقدير التعويض عن الضرر الإجمالي، وثانيا تحديد معامل فوات الفرصة ثم تطبيقه على مختلف الأضرار. لكن المحاكم العادية نجدها تقوم بغير ذلك، إذ تكتفي بتقديم مقدار معين كتعويض لفوات الفرصة دون الإشارة إلى الطريقة التي وبواسطتها توصلت إلى تحديد ذلك المبلغ[1].

يرى الأستاذ شارتيي "CHARTIER" بدوره، أن المحاكم، وفي معظم الأحيان،لا توضّح طريقة التقدير، فهي تقتصر فقط على القول أن "الفرصة كانت حقيقية وأكيدة" أو "حقيقية بالفعل"[2]. وهذا راجع للسلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع في كيفية حساب التعويض، فهو يقوم بالتقدير النقدي لفوات الفرصة دون تحديد نسبة احتمال تحققها لولا الخطأ الثابت، فهو يكتفي بالقول أنّ ذلك المبلغ يكفي لتعويض الفرصة الضائعة.

(=)*ولما لبث من قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر المعتمدة عليها في تقريرهم للتعويض يكونوا بذلك قد خرقوا القواعد المقررة قانونا.* "، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1997، ص 123.

[1]- C.A Paris, 22 jan 1993, T.G.I Paris, 17 janv. 1994. Cité in: Stéphanie PORCHY, *Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient*, *op. cit*, p 382.

[2]- Cass, 1ère Civ, 21 nov. 1978. Cité in: Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice*..., *op. cit*, p 687.

إن هذه السلطة التقديرية مبررة بالنظر إلى الاحتمال الذي يطغى على فكرة فوات الفرصة، فيجد القاضي نفسه مجبرا على القيام بحساب دقيق لعنصر الاحتمال، خاصة عندما يتعلق الأمر بتصوّر ردّة فعل المريض الإيجابية أو السلبية اتجاه العلاج المقترح لوتم إعلامه بكل المخاطر. فإذا تبين له أن المريض كان سيرفض حتما العلاج، كان عليه أن يحكم له بالتعويض.

ففي قضية أين كان المريض معرضا لخطر السرطان في العضو المصاب، أجريت له عملية جراحية دون إعلامه بمخاطرها، ونظرا لتفاقم حالته الصحية قبل التدخل الجراحي، رفض القاضي طلب التعويض على أساس فوات فرصة عدم التعرض للخطر، مادام أن المريض لم يكن في وضعية تسمح له برفض العلاج المقترح ولو تم إعلامه بكل مخاطره[1].

أكدت محكمة النقض الفرنسية على صحة هذا النوع من التحليل القضائي في قرارها الصادر بتاريخ 20 جوان 2000، إذ ذكّرت فيه القضاة على أن مهمتهم في مجال فوات الفرصة، تتجلى في البحث عن إمكانية رفض المريض للعلاج المقترح. ولهدف الوصول إلى تلك النتيجة، عليه أن يقوم بالموازنة بين آثار تطور حالته المرضية والآثار المترتبة عن وقوع مخاطر العلاج، فهو الأمر الذي يمنح للمريض حرية الاختيار بينهما، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المرض، تطوره المتوقع وشخصية المريض...[2].

عدم وحدة القضاء في طريقة تقدير التعويض عن فوات الفرصة مع غياب رقابة محكمة النقض في ذلك، وإدراج القضاة لعناصر موضوعية وشخصية عند تقديرهم لهذا الضرر، يؤدي إلى المبالغة في اللجوء إلى منح تعويض للمضرور على أساس فوات الفرصة، والتي يتم الاستعانة بها مهما بلغت نسبة احتمال تحققها، إذ هذه النسبة غالبا ما يتم تغطيتها بعبارتي حقيقية وجدية.

---

[1]- C.A Angers, 11 sept 1998. Cité in: Michel PENNEAU, *Le défaut d'information…*, *op. cit*, p 46.

[2]- Cass Civ, 20 juin 2000. Cité in: Nathalie ALBERT, *Obligation d'information…*, *op. cit*, p 360.

هكذا يتم تحميل الطبيب مبالغ تعويض ذات قيمة متغيرة بين الزيادة والنقصان من قاض إلى آخر، فكل ما هو حقيقي وجديّ بالنسبة لأحدهما، لن يكون، وبالتأكيد، بالنسبة للآخر، لذا يكون التعويض ذات طابع شخصي. فيا ترى، كيف تصدى القاضي الإداري بدوره لهذه المسألة؟

ثانيا: تقدير القضاء الإداري للتعويض عن فوات الفرصة

كان القاضي الإداري ينظر إلى فوات الفرصة على أنها عامل يؤكد على توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر النهائي، فيعوّض هذا الأخير (1)، لكن سرعان ما غيّر من موقفه واقتصر التعويض عن فوات الفرصة باعتبارها ضررا قائما في حدّ ذاته (2).

1- فوات الفرصة: عامل للسببية بين الخطأ والضرر النهائي

كان القاضي الإداري يعتبر فوات الفرصة بمثابة عامل يؤكد على وجود رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي. يعني أنه، بمجرد ثبوت فوات فرصة على المريض في الشفاء، فإن ذلك يعتبر دليلا على أن الخطأ الطبي بعلاقة مباشرة مع الضرر النهائي، فيترتب عنه منح تعويض إجمالي للمضرور يغطي كل الضرر النهائي[1].

يرجع استعمال فوات الفرصة أمام القضاء الإداري بفائدة لكل من القاضي والمريض دون الطبيب، بحيث أنها تسهّل على القاضي مهمة البحث عن رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي، وترضي المريض بمنحه تعويضا إجماليا يغطي كل الضرر النهائي اللاحق به، وهذا رغم كون الخطأ الطبي سببا في تفويت فرصة لا أكثر من ذلك.

يظهر ذلك جليا في مجال إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام، ففي قضية "المستشفى الجهوي ل نانسي" أين تعرض المريض لعدة عمليات جراحية تهدف إلى تصحيح تشوّهات على مستوى العنق، أسفرت عنها مخاطر متوقعة الحدوث عادة، إلاّ أن الطبيب امتنع عن إعلام المريض بإمكانية وقوعها. فقرر قضاة المجلس، وبعد التأكيد على ثبوت نقص في الإعلام، قيام مسؤولية المستشفى وإلزامه بتعويض كل الضرر النهائي اللاحق

[1]- M. BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 42.

بالمريض؛ وقد أكّد مجلس الدولة على صحة ما ذهب إليه قضاة الموضوع برفضه لطلب الطعن بالنقض[1].

هكذا صدرت عدّة قرارات قضائية إدارية قضت بتعويض إجمالي للضرر النهائي رغم كون الخطأ الطبي لم يكن إلاّ سببا في تفويت فرصة شفاء أو تجنب التعرض للخطر أو الحصول على نتائج أفضل[2].

يبرر البروفسور "فرونسوا شابا" (François CHABAS) هذا التعويض الإجمالي بحجة أن الطبيب عند مباشرته للتدخل الطبي بصفة مستقلة عن إرادة المريض، فإنه يلتزم بضمان، وبصورة أكيدة، النتيجة الإيجابية المرجوة من ذلك التدخل الطبي[3].

أما مستشار الحكومة " ديديي شوفو "(Didier CHAUVAUX) يرى أنه من الصعب تبرير التعويض الإجمالي، لأن الخلل في الإعلام لا يعتبر سببا مباشرا للضرر النهائي، فهو لم يكن إلاّ دافعا لتعرض المريض لخطر العملية، ويبقى الرفض أمرا احتماليا في غالب الأحيان، باستثناء حالات جدّ نادرة، كالتدخل الطبي غير ضروري لحالة المريض الصحية، جراحة التجميل مثلا، أين يسفر الإعلام الكامل على رفض بات وأكيد من المريض.

حاول المستشار تفسير التعويض الإجمالي، الذي ذهب إلية القضاء الإداري، بفكرة "قرينة الإسناد[4]" أو عن طريق نظرية " نقل المخاطر" ، بمعنى أن الطبيب الذي يجري التدخل الطبي دون الحصول على الرضا المتبصر للمريض، يلتزم بضمان كل مخاطره،

---

[1]- CE 17 févr. 1988 : « C'est à bon droit que les premiers juges ont condamné l'hôpital à réparer le préjudice subi par… ». Cité in: Pierre BON, *Alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire*, *op. cit*, p 661.

[2]- C.A.A Nantes, 29 mai 1996 ; C.A.A Lyon, 3 oct. 1996 ; C.A.A Paris, 26 févr. 1998 et autres. Cité in: Didier CHAUVAUX, *Conclusions sur le Conseil d'Etat, section 5 janvier 2000 Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/M. Guilbot et Epoux Telle*, R.F.D.A, n°3, 2000, p 647.

[3]- « *Il (le médecin) n'a plus contracté la simple obligation de soigner son malade, mais bien de promettre une guérison certaine* ». Cité in: Nathalie ALBERT, *Obligation d'information médicale…*, *op. cit*, p 361.

[4] - « *Présomption d'imputabilité* ».

أي يتم نقل عبء المخاطر من عاتق المريض، إذا تم إعلامه، إلى عاتق الطبيب في حالة عدم إعلامه [1].

يؤدي منح تعويض إجمالي للضرر النهائي عند ثبوت فوات فرصة إلى الإخلال بمبدأ المساواة أمام القضاء، بحيث أن المريض الذي تلقى العلاج في المرفق الصحي العام، يستفيد من مبلغ تعويض إجمالي مقارنة بالمريض الذي تلقى العلاج في القطاع الخاص، والذي يقتصر حقه في تعويض جزئي فقط، وذلك رغم تواجدهما في الوضعية نفسها. لذا سرعان ما غيّر القضاء الإداري موقفه، وسار على نهج القضاء العادي، فأسقط نظام التعويض الإجمالي وتمسك بالتعويض الجزئي المقتصر على ضرر فوات الفرصة.

2- فوات الفرصة: ضرر قائم في حدّ ذاته

يعكس قرار " Guilbot " الصادر عن محكمة إستئناف باريس التوجه الجديد للقضاء الإداري في تعويضه لفوات الفرصة، إذ قررت أن الضرر اللاحق بالسيد Guilbot بسبب نقص الإعلام حول إمكانية وقوع خطر إستثنائي جسيم، يتمثّل في فوات فرصة التعرض للخطر الذي تحقق[2]، إلاّ أنها قامت بتقدير جزافي لهذا الضرر دون أن تحدد أو تشرح كيفية استخلاصها لذلك المبلغ. ونظرا لهذا العيب تعرض القرار للنقض أمام مجلس الدولة[3].

---

[1]- Didier CHAUVAUX, *Conclusions sur le Conseil d'Etat…*, *op. cit*, p 648.

[2]- C.A.A Paris, Ass plén, 9 juin 1998: « Le *préjudice* subis par M. Guilbot en raison du défaut d'information sur l'existence d'un risque grave de paraplégie inhérent à l'intervention qu'il a subie a consisté en *la perte de chance de se soustraire au risque* qui s'est finalement réalisé ; qu'eu égard à l'évolution prévisible de la maladie dont M. Guilbot soufrait depuis son enfance, au caractère très peu fréquent du risque encouru lors de l'intervention et à l'ensemble des préjudices physiques et des troubles dans les conditions d'existence subie par le requérant, il sera fait une juste appréciation de *l'indemnisation résultant de la perte de chance* en condamnant l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris à *paye*r à M. Guilbot *la somme de 200 000 F* … », R.F.D.A, n°3, 2000, p 640.

[3]- CE, Section, 5 janvier 2000 Assistance publique-Hôpitaux de Paris: « En ce fondant notamment, pour évaluer le préjudice résultant de la perte d'une chance de refuser l'intervention, sur les dommages physiques et les troubles dans les conditions d'existence subis par l'intéressé, sans se prononcer sur la nature et l'importance de ces dommages et de ces troubles et *sans évaluer la fraction de ce dommage imputable a la perte de chance* …, *la cour n'a pas suffisamment motivé son arrêt*…, il ya lieu de renvoyer l'affaire sur ce point à la cour administrative d'appel de Nantes… », R.F.D.A, *op. cit*, p 652.

ومن أجل التنظيم المحكم للقضاء، فصل مجلس الدولة في قضية "تال" (Telle) من جانب الموضوع، إذ قام بالموازنة بين مخاطر التدخل الطبي ومخاطر التطوّر المتوقع للحالة المرضية التي يعاني منها المريض[1]، وطبق طريقة التقدير المضاعف للتعويض عن فوات الفرصة التي قدرت بخمس المبلغ الإجمالي الذي يغطي الضرر الجسماني.

يتعلق الأمر هنا بتحديد " *احتمال رفض التدخل الطبي* " بالاستناد إلى معيار " المريض العادي"[2]، والقيام بالتحليل التالي: " ضمن عشرة أشخاص متواجدين في نفس الحالة الصحية التي يعاني منها المريض، كم منهم سوف يرفض العملية الجراحية؟ "[3]. يعتبر هذا التحليل ذات طابع شخصي، لأن نسبة الاحتمال التي يتم التوصل إليها غير ثابتة وقابلة للتغيير من قاض إلى آخر، ويعتبر ذلك نتيجة مباشرة للسلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع الذي يعوّض المريض طبقا لنسبة احتمال رفض التدخل الطبي.

لكن، تختلف الطريقة المتبعة عندما يتعلق الأمر بتأخر الطبيب في التدخل الطبي، ففي قضية " المركز الإستشفائي فيان "، أين كان المريض يعاني من اضطرابات بصرية على مستوى العين اليمنى، ورغم علاجه بالأدوية المضادة للجراثيم عن طريق الأوردة الدموية، أصيب بالعمى. هذا العلاج وإن تم في الوقت المناسب، لمكّن المريض من

---

[1]- CE, Section, 5 janvier 2000 Consort Telle: « La réparation du dommage résultant pour M. Telle de la perte de chance de soustraire au risque qui c'est finalement réalisé doit être fixé à une fraction des différents chefs de préjudices ; que compte tenu du *rapprochement* entre, d'une part, *les risques inhérents à l'intervention* et, d'autre part, *les risques d'hémorragie cérébrale* qui étaient encourue en cas de renoncement à ce traitement, cette fraction doit être fixé au cinquième… », R.F.D.A, n°3, 2000, p 652

[2]- Michel PENNEAU, *Le défaut d'information en médecine (note sous CA Angers, 11 sept 1998)*, *op. cit*, p 50

[3]- « *Sur dix personnes raisonnable placées dans la même situation que le patient, combien auraient refusé l'intervention ?* », Didier CHAUVAUX, *Conclusions sur le Conseil d'Etat…*, *op. cit*, p 648.

المحافظة على بصره، مع العلم أن المريض كان يتمتع بثلاث فرص على عشرة في المحافظة على بصره. فقدر مجلس الدولة معامل فوات فرصة تجنب العمى ب 30% [1].

هذه الطريقة المتبعة من طرف القاضي الإداري في تقدير التعويض عن فوات الفرصة تختلف عن تلك المتبعة في قضية " تال Telle "، ففي هذه الأخيرة قام القاضي بالتوازن بين تطور الحالة الصحية النهائية للمريض حسب ترتيب الوقائع بوجود الخطأ، وتطور حالته الصحية بغياب الخطأ، وتمسك بنسبة " *احتمال رفض العملية "*. أما طريقة التقدير الأخرى المطبقة بصدد قضية "المركز الإستشفائي فيان"، والتي تتعلق بتأخر الطبيب في مباشرة التدخل الطبي، فقد تمسك فقط ب " *احتمال نجاح التدخل الطبي "* لو تم في الوقت المناسب[2].

لذا اقترح مستشار محكمة باريس الإدارية " Frédéric PUIGSERVER" طريقة تقدير موّحدة، والتي تقتضي توافر شرط وهو: في مجال الإعلام: أن تكون فرص تحسن حالة المريض الصحية، لو رفض التدخل الطبي، بعد إعلامه بشكل كامل بمخاطر العملية قريبة من نسبة 100%، كما هو الحال في قضية " تال" أين تتراوح هذه النسبة بين 96 و97%. والأمر نفسه عندما يتعلق الأمر بالتأخر في التدخل العلاجي، إذ لا بد أن تكون نسبة إحتمال تحسن الحالة الصحية للمريض قريبة من 100% لو تم التدخل في الوقت المناسب. وتتم هذه الطريقة التي تقوم على معادلات رياضية، وفق مرحلتين هما:

المرحلة الأولى، والتي تتجلى في { تحديد احتمال نجاح العلاج بغياب الخطأ الطبي}، وتؤخذ بعين الاعتبار، "نسبة احتمال تحقق خطر العلاج المقترح" و"نسبة احتمال تحقق خطر تدهور الحالة الصحية دون التدخل الطبي"، و تكون كيفية الحساب كالتالي: ليكن:

($أ_1$): يمثل "نسبة تحقق خطر التدخل الطبي" الذي خضع له المريض دون علمه أو رضاه.

($أ_2$): يمثل "نسبة تحقق خطر تدهور حالة المريض الصحية" عند رفضه للتدخل الطبي.

---

[1] - CE Section, 21 décembre 2007, Centre hospitalier de Vienne n° 289328. Cité in: A.J.D.A, n°3, 2008, p 140.

[2] - Frédéric PUIGSERVER, *L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière : une tentative d'unification*, *op. cit*, p 1039 et 1040.

(م): يمثل {نسبة احتمال نجاح العلاج بغياب الخطأ}.

نطبق الحساب التالي:

عند نقص في الإعلام: م = $\frac{\text{أ}1+\text{أ}2\text{أ}1}{}$ = $\frac{\text{\% خطر العلاج}}{\text{\%خطر العلاج+\% خطر المرض}}$ م= $\frac{\%1}{\%4+\%1}$ $\frac{\%1}{\%5}$ = %20

طبق القاضي الإداري هذه المعادلة الرياضية بصدد قضية "تال"، بالاستعانة بالاحتمالات، أي بنسب احتمال تحقق المخاطر المدروسة من طرف الخبير الطبي، ومن هنا تبرز الأهمية البالغة للخبرة الطبية في تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

عند التأخر في التدخل الطبي: م= $\frac{\text{أ}2}{\text{أ}1+\text{أ}2}$. لم يطبق القاضي الإداري هذه المعادلة في قضية "المركز الاستشفائي ب فيان".

أما المرحلة الثانية، فتقضي بالبحث عن {فرص تحسن حالة المريض الصحية لو تم إخضاعه للتدخل الطبي البديل}[1]، ونرمز له بحرف (ب) ، والذي يمثل "نسبة رفض المريض للعلاج لو تم إعلامه" في حالة نقص الإعلام(قضية تال)، و"نسبة فرص تحسن المريض لو تم التدخل الطبي الوقت المناسب" في حالة التأخر في التدخل الطبي(قضية فيان). ويتم حساب هذه المرحلة كالتالي:

في مجال نقص الإعلام: (ب) = 100 – أ$_2$ ، (ب) = 100 – (4)% خطر المرض (خطر رفض العلاج) = 96 %.

في مجال التأخر في التدخل الطبي: (ب) = 100 – أ$_1$ ،

(ب) =100 – (70)% خطر العلاج = 30% تمثل: {نسبة نجاح العلاج لو تم في الوقت المناسب}. وهي المعادلة التي طبقها القاضي في قضية " المركز الاستشفائي فيان" دون قضية "تال".

[1]- Frédéric PUIGSERVER, *L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière : une tentative d'unification*, *op. cit*, p 1040.

يرى المستشار "Frédéric PUIGSERVER" أن في كلتا القضيتين قام القاضي بتحديد معامل فوات الفرصة تحديدا جزئيا، لذا اقترح بإجمال هاتين المعادلتين للتوصل إلى التحديد الدقيق والحقيقي لمعامل فوات الفرصة، ونرمز له **(م.ف.ف)** كالتالي:

م.ف.ف = م × ب

في حالة نقص الإعلام:

$$\text{م.ف.ف} = (100 - \text{أ}2) \times \frac{\text{أ}1}{\text{أ}1+\text{أ}2} ،$$

$$\left(100 - \text{خطر رفض العلاج}\right) \times \frac{\text{خطر العلاج}}{\text{خطر العلاج} + \text{خطر رفض العلاج}} = (100-4) \times \frac{1}{4+1} = 19,2\% .$$

عندما نطبق هذه المعادلة الرياضية على معطيات قضية " تال " نجد أن معامل فوات الفرصة قد قدر بنسبة دقيقة هي 19,2%، مع العلم أن الفرق بين هذه النسبة ونسبة 20% التي أخذ بها القاضي الإداري، والذي يتراوح بنسبة 0.8% يكون لصالح الطبيب[1].

تعكس كل هذه الاجتهادات القضائية رغبة القضاء الفرنسي خاصة الإداري منه، في الوصول إلى التقدير الدقيق والمناسب لنسبة احتمال تحقق فرصة الشفاء الضائعة على المريض، وتحقيق العدالة بين أطراف العلاقة الطبية، إذ لا يلتزم الطبيب أو مؤمنه إلاّ بتعويض جزئي للضرر النهائي، مادام أن خطأه كان فقط سببا في تفويت فرصة شفاء لا أكثر.

---

[1]- يظهر الاختلاف شاسعا بين الطريقة المتبعة في قضي "تال" و"فيان" والطريقة المقترحة من طرف المستشار في تحديدها لمعامل فوات الفرصة، وذلك عندما يبلغ **خطر رفض العلاج** أو **خطر المرض** ***<u>نسبة كبيرة</u>*** مثلا: 80%، وخطر العلاج 20% كالتالي:

الطريقة المتبعة في قضية تال: $\frac{\text{أ}1}{\text{أ}1+\text{أ}2} \; \frac{\text{خطر العلاج}}{\text{خطر العلاج} + \text{خطر رفض العلاج}} \; \frac{20}{80+20} \; \frac{1}{5} = 20\%.$

الطريقة المتبعة في قضية فيان: 100_ 80% = 20%.

الطريقة المقترحة $\left(100 - \text{أ}2\right) \times \frac{\text{أ}1}{\text{أ}1+\text{أ}2} = \left(100 - \text{أ}2\right) \times \frac{\text{خطر العلاج}}{\text{خطر العلاج} + \text{خطر رفض العلاج}} = 100 - 80 \times \frac{20}{80+20} \; 4\%.$

نتيجة لذلك، تسمح هذه الطريقة المقترحة بإبراز نسبة تدخل الاستعداد المرضي للشخص بجانب الخطأ الطبي في تسبيب ضرر فوات الفرصة. وبتعبير آخر، تجنب هذه الطريقة تحميل الطبيب عبء ما لم يتسبب في إحداثه، لأنها تأخذ بعين الاعتبار نسبة مخاطر المرض، وبالتالي مقدار تعويض الطبيب لفوات الفرصة يكون أقل. راجع في تفصيل ذلك:

Frédéric PUIGSERVER, *L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière : une tentative d'unification*, *op. cit*, p 1040 et 1041.

الفرع الثاني

موقف الفقه الفرنسي من التعويض عن فوات الفرصة

تعكس طرق تقدير التعويض عن فوات الفرصة في الحقيقة صورة التعويض الجزئي للضرر النهائي، مما دفع الفقه، من جهة أولى، إلى التساؤل حول مدى اعتباره ضررا خاصا قائما في حدّ ذاته **(أوّلا)**، ومن جهة ثانية، إلى إبراز مدى أهمية الاحتمالات في تقييم الفرصة **(ثانيا)**.

أوّلا: فوات الفرصة بين التعويض الجزئي للضرر النهائي والتعويض الإجمالي لفوات الفرصة

إذا كان الأصل في المسؤولية المدنية هو إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فإن هذا الأصل يتعذر تطبيقه في حالة المسؤولية عن فوات الفرصة، لأن الفرصة قد ضاعت نهائيا وأصبحت من الماضي، لذا لا يكون أمام القاضي إلاّ اللجوء إلى التعويض[1].

يتحدد هذا التعويض في قيمة الفرصة فقط، لأنها تعكس الضرر المحقق الذي لحق بالمضرور نتيجة فواتها، ومن ثم يقدر التعويض بقدر قيمتها. فكل فرصة من فرص الشفاء أو البقاء على قيد الحياة تتضمن في ذاتها قدرا من احتمال تحقيق ذلك الشفاء الذي يمكن أن تؤدي إليه، أي تتحدد قيمتها أي التعويض عن فقدها بقدر هذا الاحتمال، لذا لا يكون التعويض عنها إلاّ جزئيا.

يقدر التعويض الجزئي بنسبة معينة من الضرر النهائي، والذي كان بإمكان المريض تجنبه لو تحققت فرصة الشفاء المرجوة من التدخل الطبي، فالضرر المحقق هو فقدان الفرصة، لذا يقدر التعويض بقدر هذه الفرصة وليس بكل الضرر النهائي اللاحق به. لكن هل القول بتعويض جزئي للضرر النهائي يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل للضرر؟

---

[1]- يمكن لقاضي الموضوع التعويض عن فوات الفرصة باعتباره الضرر المحقق الذي يمكن للمضرور إثارته، وذلك بالاستناد على نص المادة 132/[1] من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج.ر عدد 44 لسنة 2005، والتي تنص على مايلي:" يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا".

يتمثل التعويض الكامل للضرر في الزام المسؤول بتعويض جميع الأضرار اللاحقة بالمضرور، وذلك من أجل إعادة الضحية إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع الفعل الضار. فيجب أن يكون التعويض معادلا للضرر الذي وقع، أي يقتصر التعويض عن الأضرار التي وقعت دون زيادة أو نقصان[1].

يفضل البعض استعمال مصطلح " التعويض المناسب "[2] بدلا من مصطلح "التعويض الكامل"[3]، لأنه، وفي نظرهم، فإن التعويض يهدف أكثر إلى استعاضة الضياع عن كونه بديلا للضرر[4].

القول بأن تعويض فوات الفرصة يمثل تعويضا جزئيا للضرر النهائي لا يتضمن أيّ اعتداء على مبدأ التعويض الكامل للضرر، ويرجع ذلك إلى أن الضرر المحقق والثابت، وبالتالي واجب التعويض عنه، هو فقدان فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة. يبقى الضرر النهائي ضررا احتماليا يستبعد كل تأكيد وثبوت على أنه نتيجة مباشرة للخطأ الطبي، مما يتعذر معه رفع هذا الاحتمال إلى درجة اليقين وإلزام الطبيب بتعويض كل الضرر. فقصر التعويض على قيمة الفرصة هو الذي أدى إلى القول بتعويض جزئي للضرر النهائي[5].

تمسكا بطريقة تقدير التعويض عن فوات الفرصة، عبر بعض الفقـــه[6] عن موقفهم تجاه هذه المسألة، بالقول أن المبلغ الذي يتم التوصل إليه يعكس في حقيقة الأمر التعويض الجزئي للضرر النهائي، مما يجعل فوات الفرصة ليس بضرر مميز في عناصره عن الضرر النهائي، مادام أن تعويضه يستند على التقسيمات والعناصر المختلفة للضرر النهائي، لذا يكون ضرر فوات الفرصة ليس بضرر قائم في حدّ ذاته.

---

[1]- Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit*, p 112 et 113.

[2] - *« Réparation appropriée ».*

[3]- *« Réparation intégrale ».*

[4]- Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit*, p 641.

[5]- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 162.

[6]- هيرس، شارتييه، سافتيه.

يؤيد هذا الفريق من الفقهاء التوجه السابق للقضاء الإداري الفرنسي، والذي نادى بالتعويض الإجمالي للضرر النهائي تطبيقا لمبدأ " *الكل أو لا شيء* "، مادام أن ثبوت فوات فرصة في الشفاء بمثابة عامل يؤكد على توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر النهائي[1]. ويبرر موقفه باعتبار أن الفرصة لا يقصد بها أن تظل كذلك، أي مجرد فرصة فقط، لأن من يملك هذه الفرصة لا يرغب في الاحتفاظ بها كمجرد وسيلة لتحقيق كسب معين، بل يرغب في الكسب ذاته.

لذلك عند تقدير التعويض عن فوات الفرصة يجب وضع المضرور في الحالة التي يكون عليها لو تحققت هذه الفرصة، وليس تعويضه عن قيمة الفرصة ذاتها، وإلاّ عدّ ذلك وضعا للمضرور في الحالة التي يكون عليها لو باع هذه الفرصة، وليس لو تحققت[2].

أجاب الفريق الآخر من الفقه[3]، والذي يعارض وجهة النظر السابقة على أساس أنها تؤدي إما إلى تعويض الضرر الاحتمالي تعويضا كاملا رغم عدم التيقن من نتيجة تحقق الفرصة، وإما أن لا يقضي بالتعويض كلية استنادا إلى كون الكسب افتراضيا وأن الحرمان منه يشكل ضررا نظريا لا أساس له في الواقع.

لذا فهو يؤيد القول بأن تعويض فوات الفرصة هو تعويض إجمالي لضرر محقق هو فقدان الفرصة، على أنه يستحيل تعويض ضرر احتمالي نظرا لغياب السببية الأكيدة والمباشرة بين الخطأ الطبي والضرر النهائي. فبالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم المسؤولية المدنية، نجد أن التعويض يكون على الضرر المباشر والأكيد المتمثل في فوات الفرصة دون الضرر النهائي الاحتمالي[4].

أما الأستاذ جاك بوري، فهو بدوره يشرح لماذا يكون التعويض عن فوات الفرصة تعويضا إجماليا لضرر فوات الفرصة وليس تعويضا جزئيا للضرر النهائي، وذلك

---

[1] - Cité in: M BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 47.

[2] - د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ***تعويض تفويت الفرصة***، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 159.

[3] - فاكاري، لفورست، فيني، جوردا.

[4] -Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Traité de droit civil, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit*, p 84.

بالتمسك بالعلاقة السببية، بحيث يؤكد أن الضرر الناتج عن فوات الفرصة ما هو إلاّ ضررا مقتصرا بقدر العلاقة السببية المحتملة بين الخطأ الطبي والضرر النهائي[1].

ويضيف بالقول، أن التعويض الجزئي لا يتقرر لأن الضرر نفسه الذي وقع يكون جزئيا، وإنما لأن التسبب فيه كان جزئيا فقط، فالمتوفي مثلا ليس بشخص حيّ جزئيا، وأن الضحية أو ورثتها قد لحق بهم الضرر بأكمله، بل يكون جزئيا بالتناسب مع السببية المحتملة بين الخطأ والضرر النهائي[2].

بصفة عامة، تعويض فوات الفرصة هو تعويض جزئي إذا نظرنا إليه من زاوية الضرر النهائي وقارناه به، لكنه تعويض كامل إذا نظرنا إليه من زاوية فوات الفرصة باعتبارها ضررا محققا ومشروعا[3]، كلما توصل القاضي إلى إثبات ذلك عن طريق الاستعانة بالاحتمالات.

ثانيا: دور الاحتمالات في تقييم الفرصة

يمثل فقدان الفرصة الضرر المحقق اللاحق بالمريض، لذا يكون التعويض عنه متناسبا مع قيمة الفرصة الضائعة، هذه الفرصة مرتبطة لا محالة بعنصر الاحتمال الذي تعكس نسبته قيمة التعويض، وقد عبر عن ذلك الأستاذ " شارتييه " (CHARTIER) بالقول:

---

[1] - Cité in: M BERAUD, *Le principe de la réparation…*, *op. cit*, p 49.

[2]- « *Le préjudice résultant de la perte de chance est donc un préjudice raccourci à la mesure du lien de causalité probable qui unit le fait générateur de la responsabilité au préjudice final…la réparation n'est que partielle, ce n'est point parce que le préjudice-décès serait lui-même partiel : un mort n'est pas un demi-vivant… ; c'est parce que la réparation est pondérée à la mesure du lien de causalité probable…* ». Cité in: *Ibid*. Voir not: Didier CHAUVAUX, *Conclusions sur le Conseil d'Etat…*, *op. cit*, p 648.

[3]- ليس هناك في القانون الجزائري ما يمنع القاضي من الأخذ بنظرية فوات الفرصة خاصة عندما تكون بمثابة الضرر الوحيد الذي يمكن للمضرور إثارته نظرا للصفة الاحتمالية التي تطغى على الضرر النهائي، مع العلم أن الفقه الإسلامي نص كذلك على" *مشروعية التعويض عن ضرر فوات الفرصة*"، وذلك بالاستناد على القواعد الشرعية التي تنهى عن الإضرار بالغير كقاعدة "*لا ضرر ولا ضرار*" التي تنهى عن إلحاق مفسدة بالغير مطلقا أو على وجه المقابلة له، ومن ثم فإنه يجوز تضمين الطبيب عن الفرصة التي يفوتها على مريضه، وذلك لما يشتمل عليه تفويت الفرصة على المريض من أضرار ومفاسد تنهى عنها الشريعة الغراء. أنظر:

د. أشرف جابر، ***التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء***، مرجع سابق، ص 146.

تعكس درجة الاحتمال مقدار التعويض عن فوات الفرصة، وذلك تناسبا مع النتيجة المرجوة من التدخل الطبي[1].

تهتم الاحتمالات بتقييم الفرصة ومدى اعتبارها حقيقية وجدية يستحق منح تعويضا عن ضياعها، فدراسة الفرصة عن طريق الاحتمالات تؤدي إلى نتيجتين هما:

الأولى: تضفي درجة احتمال تحقق الفرصة صفة المشروعية على مبلغ التعويض الممنوح لها، أما الثانية: تحدد الاحتمالات بالتدقيق جزء الكسب الذي أضاع على المضرور.

فإذا بلغت نسبة تحقق الفرصة الضائعة درجة عالية يمكن بواسطتها التأكيد على أن المضرور كان سيستفيد من النتيجة المرجوة من تحققها، فإن القاضي يقبل تعويض الكسب الضائع. أما إذا تبين أن نسبة الاحتمال ضئيلة تكاد تكون منعدمة، في هذه الحالة تعتبر الفرصة ليست حقيقية، وأن ضياعها يبقى مجرد ضرر احتمالي غير قابل للتعويض[2].

يطبق القاضي معامل فوات الفرصة على قيمة الضرر النهائي الاحتمالي، وذلك حتى يتمكن من الوصول إلى التقدير المالي للفرصة الضائعة. و في هذا الصدد يقول الدكتور "بنابنت"(BENABENT) في رسالته المشهورة تحت عنوان " الفرصة والقانون ":« *أن الفرصة لم توجه لتبقى في حالة فرصة* »[3]، ويفهم من خلال هذه العبارة أنه لا بد من ترجمة الفرصة نقديا متى شكل ضياعها ضررا محققا.

يجد القاضي في الاحتمالات وسيلة جدّ فعّالة لتأسيس حكمه القاضي بالتعويض عن فوات الفرصة، فهي طريقة فنية تعكس مهارة القاضي ومدى تحكمه في مثل هذه القضايا. فهو يأخذ بعين الاعتبار الفرص الإحصائية للشفاء من المرض، ثم يطبقها

---

[1]- Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice…*, *op. cit*, p 33.

[2]- J. BOUCHER, N. BOURGEOIS-MACHUREAU, *Indemnisation de la perte de chance: Le Conseil d'Etat poursuit sa conversion au probabilisme*, A.J.D.A, n° 3 du 28 janvier 2008, p 139.

[3]- « *La chance n'est pas destinée à rester à l'état de chance* ». Cité in: Caroline RUELLAN, *La perte de chance en droit privé*, *op. cit*, p 753.

بالزيادة أو النقصان على الوقائع المحيطة بحالة المريض الصحية الذي يعاني من المرض نفسه.

بتعبير آخر، على القاضي أن يقارن بين الفرص الإحصائية للشفاء من مرض ما وفرص الشفاء التي يتمتع بها المريض بالنظر إلى حالته الصحية. بهذه الطريقة، يتوصل القاضي إلى تقدير التعويض عن فوات الفرصة تقديرا موضوعيا بفضل الاستعانة بعلم الاحتمالات[1].

يترتب عن تمسك القانون بمفهوم الفرصة عن طريق نظرية فوات الفرصة، إدراجها ضمن العناصر المكونة للذمة المالية. فبعدما كانت عبارة عن مفهوم فلسفي مجرد من أية قيمة قانونية ومالية نظرا للشك وعدم التيقن الذي يطغى عليها، أصبحت، وبفضل الاحتمالات، عنصرا من عناصر الذمة المالية.

وأبرز دليل عن ذلك، القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 مارس 2007 بحيث منحت لورثة المتوفي طلب التعويض عن الضرر المعنوي المتمثل في " فوات فرصة تجنب الآلام النفسية " الناتجة عن فوات فرصة البقاء على قيد الحياة، والتي تعرضت له الضحية بسبب الخطأ الطبي[2].

لا ينشأ فوات الفرصة بمجرد وفاة المريض بل ينشأ من لحظة ارتكاب الفعل الضار وتدخل مباشرة إلى الذمة المالية للمريض، لأن فرص تجنب الوفاة قد تم تضييعها من لحظة ارتكاب الخطأ[3].

---

[1]- Rodolphe ARSAC, *L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif*, *op. cit*, p 785.

[2] -« ...Le droit à réparation d dommage résultant de la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès, en raison d'une perte de chance de survie, étant né dans son patrimoine, se transmet à son décès à ses héritiers ». Cité in: Patrice JOURDAIN, Responsabilité civile, Effets de la responsabilité, *La perte d'une chance d'éviter ne souffrance morale se transmet aux héritiers de la victime (Civ. 13 mars 2007, Saa c/Centre d'anatomie et autre, n°05-19.020),* R.T.D.civ, n°4, 2007, p 786.

[3] - *Ibid.*

تعكس نظرية فوات الفرصة بصورة واضحة الدور الفعّال الذي تلعبه الاحتمالات في المجال القانوني، فهي تخرج الفرصة من عالم الخيال وتسند لها قيمة ذاتية حتى يعترف القانون بمكانتها داخل الذمة المالية للشخص[1].

[1]- Caroline RUELLAN, *La perte de chance en droit privé*, *op. cit*, p 754.

خاتمة

يشترط لتقرير مسؤولية الطبيب، توافر الأركان الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية مباشرة وأكيدة بينهما، لكن يصعب على المريض إثبات هذه الأخيرة خاصة في التدخلات الجراحية، لأنها تجرى سرا ولا يشاهدها إلاّ الطبيب ومساعديه، والذي يرتبط معهم بعلاقة الزمالة أو بعلاقة التبعية.

وترجع صعوبة إثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي إلى الاحتمال الذي يكمن في طبيعة التدخل الطبي. فقد يكون الضرر ناتجا إما عن عوامل ثابتة كخطأ الطبيب، أو عن عوامل محتملة كتفاعل جسم المريض مع العلاج الذي قدم له. ويترتب عن هذه الصعوبات التي تحيط مسألة الإثبات رفض طلب تعويض المريض عن الضرر اللاحق به.

ومن أجل تفادي تهرب الطبيب من خطئه الثابت، وتحمل المريض النتائج الضارة للتدخل الطبي والشك الذي يهيمن على موضوع رابطة السببية، أقر القضاء الفرنسي ابتداء من سنة 1965، الأخذ بحلّ وسط والذي مفاده " أن كل خطأ طبي ولو لم يثبت أنه سببا للضرر النهائي، فهو على الأقل يعتبر سببا مباشرا وأكيدا لضرر فوات الفرصة في الشفاء "، متى وجدت قرائن قوية ومتماسكة تثبت أن ذلك الخطأ قد يكون سببا للضرر النهائي، ويترتب عن ذلك منح تعويض جزئي للمريض.

تعتبر نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمثابة الوسيلة القضائية التي تيسّر مهمة إثبات رابطة السببية بين الخطأ الثابت والضرر النهائي اللاحق بالمريض، ويكون ذلك عندما يتصدى القاضي لوضعية عدم التأكيد العلمي، ويبرر بواسطتها التعويض الممنوح للضحية أو ورثتها.

لكن هذه النظرية تصطدم بقانون 4 مارس 2002، لأنه قلص من دائرة استعمالها، وذلك من ناحيتين:

أولهما، في مجال إخلال الطبيب بالتزامه بإعلام المريض: كلما لجأ الطبيب إلى الكتابة كدليل لإثبات تنفيذه لالتزامه بالإعلام، يجرد المريض من إمكانية مقاضاته على أساس فوات فرصة تجنب الخطر.

ثانيهما، نظرا لغياب نظام خاص لتعويض ضحايا الحوادث الطبية، تم استعمال نظرية فوات الفرصة أمام القضاء العادي كحيلة لطلب التعويض عن الضرر اللاحق بفعل وقوع الحادثة الطبية، وذلك بالاستناد إلى فوات فرصة تجنب الخطر العلاجي كونه مرتبط لا محالة بالحادثة الطبية. فيتدخل الصندوق الوطني لتعويض الحوادث الطبية، ويضع حدّا لهذه الحيلة القضائية، فقد وحّد إجراءات طلب التعويض عن الضرر اللاحق به، سواء تلقى العلاج في القطاع العام أو في القطاع الخاص.

لم يمنع قانون 4 مارس 2002 القضاء الفرنسي من الاستناد إلى نظرية فوات الفرصة لتبرير التعويض الجزئي الذي يمنح للمريض أو ورثته، لأنها، وفي كل الأحوال، تبقى وسيلة مشروعة، فهي ترمي إلى تعويض ضياع الفرصة فقط متى كانت تلك الفرصة حقيقية وجدية. وبعبارة أخرى، تسمح نظرية فوات الفرصة بتعويض نسبة احتمال تحقق الواقعة الإيجابية المنتظرة وفق السير العادي للأمور، دون أن يمتد التعويض ليشمل النتيجة النهائية المرجوة لو تحققت الفرصة.

يجتهد القضاء الفرنسي، بفرعيه العادي والإداري، في التحديد الدقيق لنسبة احتمال تحقق فرصة الشفاء ومدى مساهمة الخطأ الطبي، بجانب العوامل الأخرى المتدخلة في إحداث الضرر كالاستعداد المرضي للشخص وسوابقه المرضية، في ضياع النتيجة الإيجابية المنتظرة من التدخل الطبي، وذلك بالاستعانة بالاحتمالات، بغرض عدم تحميل الطبيب عبء ما لم يتسبب في وقوعه.

رغم الاختلاف فيما يذهب إليه القضاء عند استعماله لنظرية فوات الفرصة، إلاّ أن الهدف الذي يصبو إليه يعتبر واحدا في كل الحالات، ويتمثل في تحقيق العدالة والإنصاف بين طرفي العلاقة الطبية. فإذا طبق القاضي نظرية فوات الفرصة في شكلها التقليدي، باعتبار ضياع الفرصة ضررا محققا واجب التعويض عنه، تهدف العدالة في هذه الحالة،

إلى عدم استبعاد الفرصة التي يتمتع بها الشخص من المجال القانوني متى كانت حقيقية وجدية.

كما تسمح نظرية فوات الفرصة، في تطبيقها الحديث كأساس لتقرير المسؤولية الطبية، للقاضي بالإفلات من عبء إثبات عنصر السببية، والذي يؤدي تطبيقه المحكم إلى إهدار حقوق الضحية، وتحميلها نتائج عدم التأكيد العلمي الذي يعجز القاضي عن تفسيره.

من الضروري أن يستفيد القضاء من مبادئ وصيغ علم الاحتمالات، وذلك من أجل الاعتراف بضرر يستحق التعويض من زاوية تحقيق العدالة بين طرفي العلاقة الطبية. ولا تعتبر هذه النظرة الموّجهة للعدالة، والتي تمثل الدافع الأساسي للتمسك بنظرية فوات الفرصة، صحيحة إلاّ إذا تم تطبيق النظرية تطبيقا منطقيا.

يعتبر التمييز بين العدالة الخاضعة للمعايير القانونية التي يسري عليها التطبيق الصحيح لنظرية فوات الفرصة والعدالة المطلقة أمرا ضروريا، لأنه يضع حدودا بين التطبيق المبرر لنظرية فوات الفرصة والتطبيق المتمادي لها.

قائمة المراجع

I- باللغة العربية:

أوّلا: كتب

(أ) كتب عامة:

1- د. **أحسن بوسقيعة**، *الوجيز في القانون الجزائي العام*، دار هومه، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007.

2- د. **حسن علي الذّنون**، *المبسوط في المسؤولية المدنية*، الجزء الثاني، *الخطأ*، دار وائل للنشر، عمان، 2006.

3- د. ـــــــــــ، *المبسوط في المسؤولية المدنية*، الجزء الثالث، *رابطة السببية*، دار وائل للنشر، عمان، 2006.

4- د. **سليمان مرقس**، *المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأوّل، الأحكام العامة، أركان المسؤولية: الضرر، الخطأ والسببية*، مطبعة الجبلاوى، مصر، الطبعة الثانية، 1971.

5- د. **عادل جبري محمد حبيب**، *المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية*، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

6- د. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام*

7- د. **علي علي سليمان**، *النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري*، د.م.ج، الجزائر، الطبعة الثانية، 1993.

8- د. **مسعود شيهوب**، *المسؤولية على أساس المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري*، د.م.ج، الجزائر، 2000.

(ب) كتب متخصصة:

1- د. **ثروت عبد الحميد**، *تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.

2- **طلال عجاج**، *المسؤولية المدنية للطبيب*، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.

3- **د. عبد السلام التونجي**، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي*، دار المعارف، لبنان، 1966.

4- **د. عبد الكريم مأمون**، *رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية*، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

5- **د. عدنان إبراهيم سرحان**، *مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي*، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأوّل، المسؤولية الطبية، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 2004.

6- **علي عصام غصن**، *الخطأ الطبي*، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.

7- **د. محمد جلال حسن الأتروشي**، *المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم*، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

8- **د. محمد حسين منصور**، *المسؤولية الطبية*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

9- **د. محمد رايس**، *المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري*، دار هومه، الجزائر، 2007.

10- **د. محمد سامي الشوا**، *مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات (التجارب الطبية، جراحة التجميل، عمليات تحويل الجنس، استقطاع الأعضاء ونقلها)*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

11- **د. محمد فؤاد عبد الباسط**، *تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)*، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

12- **منير رياض حنا**، *المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

ثانيا: رسائل ومذكرات جامعية

(أ) رسائل:

1- **أشرف جابر**، *التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء*، مجموعة رسائل دكتوراه، مصر، دس.

2- **محمد عبد الظاهر حسين**، *المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل*، مجموعة رسائل دكتوراه، مصر، د.س.

(ب) مذكرات:

1- **عمر ابن الزبير**، *المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم*، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001.

2- **زينب أحلوش بولحبال**، *رضا المريض في التصرفات الطبية*، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق فرع: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001/2000.

ثالثا: مقالات

1- **د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، *تعويض تفويت الفرصة*، القسم الأوّل، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأوّل، السنة العاشرة، 1986، ص ص 81_ 130.

2- ـــــــــــــ، *تعويض تفويت الفرصة*، القسم الثاني، مجلة الحقوق،كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الأوّل، السنة العاشرة، 1986، ص ص 145_ 182.

3- أ. **أحمد هديلي**، *نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي*، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد الأوّل، جويلية 2007، ص ص 92 _ 109.

4- **د. إدوار غالي الدهبي**، *خطأ الطبيب وتفويت الفرصة على المريض*، مجلة إدارة قضايا الحكومة، د.د.ن، القاهرة، العدد الأوّل، السنة الخامسة عشر، 1971، ص ص 194_ 196.

5- أ. **الهواري ميكالي**، *المسؤولية الطبية عن الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية*، موسوعة الفكر القانوني، ملف: المسؤولية الطبية، الجزء الأوّل، د.د.ن، الجزائر، د.س.ن، ص ص 70_ 75.

6- **بوجمعة صويلح (قاض)**، *المسؤولية الطبية المدنية*، المجلة القضائية، دار القصبة للنشر، الجزائر، العدد الأوّل، 2001، ص ص 59_ 77.

7- **د. عزري الدين، أ. عادل بن عبد الله**، *تسهيل شروط انعقاد المسؤولية وتعويض ضحايا النشاط العام الاستشفائي*، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 99_ 123.

8- **د. علال قشي**، *المسؤولية الجنائية للأطباء عند استخدام أساليب علمية حديثة وعند المساس بالكمال الجسدي*، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية،

المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الخاص الأوّل، ص ص 348_ 364.

9- أ. **كريمة نزار**، *مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا مرض السيدا*، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 213_ 227.

10- د. **محمد بودالي**، *الحماية الجنائية والمدنية لقرينة البراءة*، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 2004، ص ص 29_ 47.

11- ________، *المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي*، المجلة القضائية، الجزائر، العدد الأوّل، 2004، ص ص 17 _ 36.

12- د. **مراد بدران**، *أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري*، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الخاص الثاني، 2008، ص ص 74_ 90.

13- د. **منصور مصطفى منصور**، *حقوق المريض على الطبيب*، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الخامسة، 1981، ص ص 11_ 27.

14- د. **وديع فرج**، *مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية*، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية، العدد الأوّل، السنة الثاني عشر، 1942، ص ص 381_ 440.

رابعا: نصوص قانونية

(أ)**مرسوم رئاسي رقم 96-38** مؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76 لسنة 1996 معدل ومتمم.

(ب) نصوص تشريعية

1- **أمر رقم 66-156** مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري، جريدة رسمية عدد 49 لسنة 1966 معدل ومتمم.

2- **أمر رقم 75-58** مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975 معدل ومتمم بموجب **قانون رقم 05-10** مؤرخ في 20 يونيو 2005، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2005.

3- **قانون رقم** 05/85 مؤرخ في 16 فيفري 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 8 لسنة 1985 معدل ومتمم بموجب **قانون رقم** 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990، جريدة رسمية عدد 35 لسنة 1990 معدل ومتمم.

4- **أمر رقم** 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 متعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13 لسنة 1995 معدل ومتمم.

(ج) نصوص تنظيمية

1- **مرسوم رقم** 69-88 مؤرخ في 17 يونيو1969 يتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، جريدة رسمية عدد53 لسنة 1969 معدل ومتمم **بمرسوم رقم** 85-282 مؤرخ في 12 نوفمبر 1985، جريدة رسمية عدد47 لسنة 1985.

2- **مرسوم تنفيذي رقم** 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52 لسنة 1992.

3- **قرار وزاري مؤرخ** 25 **أبريل** 2000 يتعلق بالتلقيح ضدّ التهاب الكبد الحموي "ب"، جريدة رسمية عدد 39 لسنة 2000.

4- **قرار وزاري مؤرخ في** 15 **يوليو**2007 يحدّد جدول التلقيح الإجباريّ المضاد لبعض الأمراض المتنقلة، جريدة رسمية عدد 75 لسنة 2007.

خامسا: اجتهادات قضائية

(أ) قرارات المحكمة العليا

- قرار المحكمة العليا، غرفة جنائية، قرار رقم:109568 بتاريخ 1994/05/24، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص ص 123-126

- قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، قرار رقم: 118720 بتاريخ 1995/05/30، المجلة القضائية، العدد 2، 1996، ص ص 179-181

- قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات ، قرار رقم: 179224 بتاريخ 29 /2000/02، مجلة الإجتهاد القضائي، غرفة الجنح والمخالفات، عدد خاص (الجزء الأوّل)، 2002، ص ص 159-161.

(ب) قرار مجلس الدولة

- قرار مجلس الدولة، الغرفة الثانية، بتاريخ 07 / 05/ 2001. أنظر القرار في: لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومه، الجزائر، 2004، ص ص 361 _ 364.

II - باللغة الفرنسية:

1- OUVRAGES :

A-Ouvrages principaux :

1- BENCHABANE (Hanifa), *L'aléa dans le droit des contrats*, O.P.U, Alger, 1992.
2- CHARTIER (Yves), *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, DALLOZ, Paris, 1983.
3- LALANDE (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 12ème édition, P.U.F, Paris, 1976.
4- LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *Le droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, DALLOZ, Paris, 2ème édition, 1993.
5- LE TOURNEAU (Philippe), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6ème édition, Dalloz, Paris, 2006.
6- VINEY (Geneviève) et JOURDAIN (Patrice), *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J et DELTA, Paris, 2ème édition, 2002.
7- ________, *Traité de droit civil, les effets de la responsabilité*, L.G.D.J et DELTA, Paris, 2ème édition, 2002.

B- OUVRAGES SPECIAUX :

1- AKIDA (M), *La responsabilité pénale du médecin du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, L.G.D.J, Paris, 1994.
2- BOYER CHAMMARD (George) et MONZEIN (Paul), *La responsabilité médicale*, P.U.F, Paris, 1974.
3- DAURY-FAUVEAU (Morgane), *La responsabilité pénale du médecin, les principales infractions contre les personnes*, Les Etudes Hospitalière, Paris, 2003.
4- DELOBBE (François) et DELVAUX (Charles), *Droit médical*, Commission Université Palais, Liège, 2005.
5- DEVERS (Gilles), *Pratique de la responsabilité médicale*, édition ESKA, Paris, 2000.
6- DORSNER-DOLIVET (Annick), *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : A propos de la chirurgie*, L.G.D.J, Paris, 1986.

7- HENNEAU-HUBLET (Christiane), *L'activité médicale et le droit pénal : les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, L.G.D.J, Paris, 1987.

8- MOREAU (Jaques), TRUCHET (Didier), *Droit de la santé publique*, Dalloz, 6éme édition, Paris, 2004.

9- PENNEAU (Jean), *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, P.U.F, Paris, 1975.

10- ________, *la responsabilité médicale*, SIREY, Paris, 1977.

11- WELSCH (Sylvie), *Responsabilité du médecin*, Litec et Lexis Nexis, Paris, 2ème édition, 2003.

2- THESE ET MEMOIRES :

A- THESE :

PY (Bruno), *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse pour l'obtention du grade de DOCTEUR en DROIT (Doctorat nouveau régime, droit privé), faculté de Droit, de Sciences et de Gestion, Université de NANCY II, Paris, 23 octobre 1993.

B- MEMOIRES :

1- BEUN (Andrey), *Le principe de précaution en matière de responsabilité médicale*, mémoire de DEA en droit privé général, Université du Droit et de la Santé, LILLE II, Paris, 2003.

2- BONNINGUES (Virginie), *Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale*, mémoire de DEA de Droit Privé, Université du Droit et de la Santé, LILLE II, Paris, 2000/2001.

3- MARZEC (Emilie), *Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 dans le domaine de la responsabilité médicale*, mémoire de DEA de Droit Privé, Université de Droit et de la Santé, LILLE II, Paris, 2002/2003.

4- MARZOUG (Sanaa), *L'obligation d'information médicale*, mémoire de l'Ecole Nationale de la Santé Publique, Rennes, Paris, 2000.

5- SOUPLET (Isabelle), *La perte de chance dans le droit de la responsabilité médicale*, mémoire dans le cadre du DEA de Droit Public, faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de LIILE II, Droit et Santé, Paris, 2002.

3- ARTICLES :

1- ALBERT (Nathalie), *Obligation d'information médicale et responsabilité*, R.F.D.A, n° 2, 2003, pp 353_ 361.

2- AMSELEK (Paul), *Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit*, in « Le doute et le droit », sous la direction de François Terré, Dalloz, Paris, 1994, pp 57_ 78.

3- ARZAC (Rodolphe), *L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif*, R.R.J, n° 2, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp 759_ 786.

4- AUBY (Jean-Marie), *La responsabilité médicale en France (aspects de droit public)*, R.I.D.Comparé, n°3, 1976, pp 511-529. Voir sur : www.persee.fr.

5- BACACHE (M), *Le défaut d'information sur les risques de l'intervention: quelles sanctions? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance*, D., n°15, 2008, pp 1908_ 1911.

6- BACACHE-GIBELLI (Mireille), *L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques*, pp 1_8. Centre de Documentations Multimédia en Droit Médical. Voir sur: www.univ-paris5.fr/cddm/index.php.

7- ________, *Les accidents médicaux*, étude mise à jour : 13/01/2004, pp 1_10. Centre de Documentations Multimédia en Droit Médical. Voir sur: www.univ-paris5.fr/cddm/index.php.

8- BENILLOUCHE (Mikaël), *L'indemnisation du préjudice personnel de l'enfant handicapé (A propos des trois arrêts rendus par l'assemblée plénière le 13 juillet 2001)*, L.P.A, n°77, 17 avr 2002, pp 4_ 9.

9- BERAUD (M), *Le principe de la réparation de la perte de chance*, pp 1_ 50. Voir sur : www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01mé moire/BeraudM.pdf.

10- BON (Pierre), *Alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire, (Note sous Conseil d'Etat, Section, 5 janvier 2000 Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Consort Telle)*, R.F.D.A, n° 3, 2000, pp 654_ 662.

11- BONDON-TOURRET (Diane), *Etablissements de santé, La faute de diagnostic : quelle responsabilité pour l'établissement de public de santé en 2008 ?*, Gazette du Palais, rub Doctrine, n°6 (nov. – déc.), 2008, pp 3964_ 3965.

12- BORE (Louis), *Causalité matérielle et causalité juridique*, colloques et activités de formation : Incertitude et causalité, 2005, pp 1_ 3. Voir sur : www.courdecassation.fr

13- BOUCHER (J) et BOURGEOIS-MACHUREAU (N), *L'indemnisation, de la perte de chance: Le Conseil d'Etat poursuit sa conversion au probabilisme*, A.J.D.A, n° 3, 28 janv. 2008, pp 135_ 140.

14- BOURSIER (Marie-Emma), *La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi Anti-Perruche ?*, L.P.A, n° 108, 30 mai 2002, pp 4_ 10.

15- BOUSSARD (Sabine), *Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'usager du système de santé ?, les incertitudes de la loi 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, R.D.P, n°1, 2004, pp 169_ 205.

16- ————, *La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière: Les vicissitudes de la perte de_chance dans le droit de la responsabilité hospitalière*, R.F.D.A, n° 5, rub Etudes, 2008, pp 1023_ 1035.

17- CALAIS- AULOY (Marie Thérèse), *La vie préjudiciable*, D., rub Point de vue, n° 15 du 13 Avril 2000, p 17.

18- CARPI (Servane), *Regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarrez du conseil d'état et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation)*, L.P.A, n°114, 8 juin 2001, pp 12_ 19.

19- CHAUVAUX (Didier), *Conclusions sur le Conseil d'Etat, Section, 5 janvier 2000 Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/M. Guilbot et Epoux Telle*, R.F.D.A, n° 3, 2000, pp 641_ 651.

20- CLEMENT (Cyril), *L'obligation d'information médicale: Les divergences des juges administratif et civil*, L.P.A, n° 114, 9 juin 1999, pp 12_ 14.

21- COROUGE (Elise), *Devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière (conclusions sur CCA de paris, 9 juin 1998, Guilbot)*, R.F.D.A, n° 3, 2000, pp 637_ 640.

22- DEREPAS (Luc), *Les recours des caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable: l'avis du juge sur la porté des modifications opérées par la loi du 21 décembre 2006 (Conclusions sur le Conseil d'Etat, avis, 4 juin 2007, Lagier, n°303422, Consort Guignon, n°304214)*, R.D.S.S, n° 4, 2007, pp 680_ 695

23- DUPY (Alice), DUPY (Nathalie), HALBERSTAN (Nathalie), MASNIER (Anne-Claire), *La personne de confiance*, mise à jour le: 23 avr 2005, pp 1_ 5. Centre de Documentations Multimédia en Droit Médical. Voir sur: www.univ-paris5.fr /cddm/index.php

24- DUPY (Alice), *le consentement à l'acte médical pour un majeur hors d'état de s'exprimer (Droit Comparé)*, étude M.A.J, mise à jour le: 21/02/2008, pp 1_6. Centre de Documentations Multimédia en Droit Médical. Voir sur: www.droit.unix-paris5.fr/cddm/index.php

25- DURRY (George), *Responsabilité contractuelle, faute médicale et perte de chance de survie*, R.T.D.Civ, soixante-dixième tome, édition SIREY, 1972, pp 408_ 410.

26- FABRE-MARGAN (Muriel), *Avortement et responsabilité médicale*, R.T.D. Civ, n°2, 2001, pp 285_ 317.

27- GARCON-TEISSIER (Céline), *Causalité pénale*, Groupe ISP, Paris, 2005, pp 1_ 7. Voir sur : www.prepa-isp.fr.

28- GOBERT (Michelle), *La cour de cassation méritait-elle le pilori ? (A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 nov. 2000)*, L.P.A, n°245, 8 déc. 2000, pp 4_ 8.

29- GOUESSE (Etienne), *Consentement, aléa thérapeutique et responsabilité médicale*, L.P.A, n°114, 9 janv. 1999, pp 4_ 11.

30- ________, *Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation*, L.P.A, n°17, 25 janv. 2000, pp 10_ 21.

31- JEAN-PIERRE (Didier), *Vaccination obligatoire, sclérose en plaque et imputabilité au service liée à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B : Les conditions posées par le Conseil d'Etat (CE 9 mars 2007)*, la semaine juridique, n° 19, Lexis Nexis et Juris classeur, Paris, 7mai 2007, pp 33_ 35.

32- JOUDAIN (Patrice), Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, conditions de la responsabilité, *Obligation d'information du médecin : extension confirmée de l'obligation aux risques exceptionnels grave,* R.T.D.Civ, n° 1, 1999, pp 111 et112.

33- ________, Responsabilité civile, conditions de la responsabilité, *Les tiers payeurs sont admis à exercer un recours sur des indemnités allouées au titre du préjudice fonctionnel que les prestations sociales ne réparent pas,* R.T.D.Civ, rub Chron, n° 2, 2004, p 300_ 303.

34- JOUDAIN (Patrice), Responsabilité civile, effets de la responsabilité, *L'imputation des prestations sociales après la loi du 21 décembre 2006 (CE 4 juin 2007, avis, n°303422,304214)*, R.T.D.Civ, rub Chron, n° 3, 2007, pp 577_ 580.

35- ________, *La réforme des recours des tiers payeurs: des victimes favorisées*, D., rub Chron, n° 7, 2007, pp 454_ 458.

36- LAROUMET (Christian), *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique,* D., n° 4 du 28 janv 1999, rub Chron, pp 33_ 37.

37- LE CHATALIER (Gilles), *Vaccination obligatoires: Les pouvoirs du chef de service,* R.F.D.A, n° 3, 2004, pp 581_ 587.

38- LIENHARD (Claude), *Recours des tiers payeurs: une avancée législative significative,* D., n° 7, 2007, rub Point de vue, pp 452_ 454.

39- MATIEU-IZORCHE (Marie-Laure), *L'obligation du médecin : Informer ou convaincre,* D., n° 44 du 13 déc. 2001, rub juris-commentaire, pp 3559_ 3563.

40- PENNEAU (Jean), *La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance,* R.I.D.C, n° 2, 1990, pp 525_ 544.Voir sur : www.persee.fr.

41- PENNEAU (Michel), *Le défaut d'information en médecine (note sous CA Angers, 11 sept 1998),* D., n° 3 du 21 janvier 1999, rub Juris, pp 46_ 50.

42- PORCHY (Stéphanie), *Lien causal, préjudices réparable et non-respect de la volonté du patient,* D., n°40 du 12 nov. 1998, rub chron, pp 379_ 384.

43- PUIGSERVER (Frédéric), *L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière : une tentative d'unification,* R.F.D.A, n°5, 2008, pp 1036_ 1041.

44- RAMEIX (Suzanne), *La décision médicale : Du paternalisme des médecins à l'autonomie des patients,* pp 1_ 28. Voir sur : www.cndp.fr/archivage/valid/65940/65940_9254_11425.pdf.

45- RAUGE-MAILLART (Clodite), JOUSSET (Nathalie), PENNEAU (Michel), *Influence de la loi du 4 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information du patient,* Médecine & Droit, 2006, pp 64 _ 70. Voir sur : www.sciencedirecte.com ou www.em-consult.com.

46- RAUGE-MAILLART (Clodite), JOUSSET (Nathalie), PENNEAU (Michel), *Le préjudice moral né du défaut d'information du patient,* Médecine & Droit, 2009, pp 1_ 4. Voir sur : www.sciencedirecte.com ou www.em-consult.com.

47- ROMANI (Anne-Marie), *L'indemnisation de l'accident médical (Du domaine réservé de l'obligation de sécurité de résultat),* L.P.A, n°106, 29 mai 2001, pp 4_15.

48- RUELLAN (Caroline), *La perte de chance en droit privé,* R.R.J, n°3, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp 729_755.

49- SARGOS (Pierre), *L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral,* D., n°3 du 17 janv. 2008, pp 192_ 198.

50- SICAUD (Brigitte), *Aggravation des dommages corporels et prédispositions pathologiques,* étude mise à jour le: 16 juil. 2009. Voir sur: www.macsf.fr

51- Vayre (P), Planquelle (D), Fabre (H), *Le lien de causalité en matière de responsabilité médicale,* Médecine & Droit, 2005, pp 78_84. Voir sur: www.sciencedirecte.com ou www.em-consult.com.

4- LEGISTATION FRANCAISE :

A- LES CODES :

1- Philippe COURCIER, Code de la sécurité sociale français, Litec, Paris, 4ème édition, 2003.

2- André LUCAS, Code civil français, Litec, Paris, 24éme édition, 2005.

3- Code de la santé publique, Les éditions des journaux officiels, Paris, 2003.

4- Code de déontologie médicale. Voir : Décret n° 95-1000 du 06 septembre 1995. Voir sur: www.légifrance.gouv.fr

B- LES LOIS :

1- Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. Voir sur: www.légifrance.gouv.fr

2- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, D., n°12 du 21 mars 2002, rub Législation, pp 1022-1040.

3- Loi n° 2006-1640 de financement pour la Sécurité sociale pour l'année 2007 du 21 décembre 2006 (*Journal officiel du 22 décembre 2007*). Voir sur : www.légifrance.gouv.fr.

5- Jurisprudence Française :

A- Jurisprudence Administrative :

-CE, sect, 5 Janvier 2000, Consort Telle, req n°181899, R.F.D.A, rub Responsabilité, n°2, 2000, pp 473 et 474.

-CE, sect, 21 Décembre 2007 (Centre hospitalier de Vienne- n°289328), A.J.D.A, n°3, 2008, pp 139-140.

-C.A d'Aix-en-Provence, du 12 Novembre 1986. Voir sur: www.légi france.gouv.fr

-C.A.A Paris, 13 Juin 1989, n°89PA00271. Voir sur: www.légifrance. gouv.fr

- C.A.A de Lyon, plén, n° 89LY01742, du 21 déc. 1990 Voir sur: www.légi france.gouv.fr

- C.A.A Paris, Ass. Plén, 9 Juin 1998, R.F.D.A, n°3, 2000, p 640.

-C.A.A Paris, 29 Octobre 1999, n°97PA03156. Voir sur: www.légi france.gouv.fr

B- Jurisprudence Judiciaire :

- Cass. 1ère Civ, 20 Mai 1936. Voir sur : www.droit.univ-paris5.fr

-Cass. 1ère Civ, 8 Juillet 1997, n°95-18113. Voir sur: www.légifrance. gouv.fr

-Cass. 1ère Civ, 7 Octobre 1998, n° 97-10267. Voir sur: www.légifrance .gouv.fr

6- RAPPORTS :

1- Rapport pour l'année 2006-2007 remis au Parlement et au Gouvernement en janvier 2008 par la Commission Nationale des Accidents Médicaux. Disponible sur le site de la CNAMED: http://www.cnamed.santé.gouv.fr/

2- Rapport de LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *L'amélioration des conditions d'indemnisation du dommage corporel*, juin 2003, sur: http://lesrapports.ladocumentationfrançaise.fr/BRP/ 034000490/0000.pdf

3- Rapport de DINTILHAC (Jean-Pierre), *La nomenclature des préjudices corporels,* juillet 2005, sur: http://lesrapports.ladocumentationfrançaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf

فهرس الموضوعات

الفصل الثاني

La théorie de la perte de chance en matière de faute médicale met en lumière une dialectique entre deux éléments contradictoires : une incertitude et une certitude.

- L'incertitude tient au fait qu'il ne peut être certain que si la faute n'avait pas été commise, la guérison, ou au moins une amélioration de l'état du patient, aurait pu être obtenue.

- La certitude tient au fait que si la faute n'avait pas été commise le malade avait des chances de guérison ou d'amélioration et que la faute l'a privé de cette chance.

Toute la construction de la perte de chance en matière médicale repose sur le souci de concilier cette incertitude et cette certitude en évitant les deux excès opposés que constituerait le rejet systématique de toute indemnisation ou, à l'opposé, une indemnisation totale tout aussi systématique.

تلقي نظرية فوات الفرصة في مجال الخطأ الطبي الضوء على الجدال القائم بين عاملين متناقضين: الشك واليقين.

- يرجع الشك إلى عدم إمكانية إثبات على وجه اليقين أنه في حالة عدم ارتكاب الخطأ، سيشفى المريض أو سوف تتحسن حالته على الأقل.

- يرجع اليقين إلى أنه لو لم يرتكب الخطأ، ستكون للمريض فرصا للشفاء أو تتحسن حالته الصحية، وأن ذلك الخطأ حرّمه من هذه الفرصة.

تشييد نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي يقوم على مسألة التوافق بين هذا الشك وهذا اليقين مع تجنب التمادي في الحلين المتعارضين، والمتمثلين في الرفض الآليّ لكل تعويض، أو بالعكس، التعويض الكامل بطريقة تلقائية.